



Antonio Moreira Maués  
Breno Baía Magalhães  
Organizadores

# O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Brasil, Argentina,  
Colômbia e México





**O Cumprimento das  
Sentenças da Corte  
Interamericana de  
Direitos Humanos**





Antonio Moreira Maués  
Breno Baía Magalhães  
Organizadores

# O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Brasil, Argentina,  
Colômbia e México

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2017

Copyright © 2017 by Antonio Moreira Maués e  
Breno Baía Magalhães

Categoria: Direitos Humanos

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

---

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

O cumprimento das sentenças da Corte Intramericana de Direitos  
Humanos : Brasil, Argentina, Colômbia e México / Antonio Moreira  
Maués, Breno Baía Magalhães (organizadores). – Rio de Janeiro : Lumen  
Juris, 2017.

370 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-0371-1

1. Direitos humanos. 2. Corte Interamericana de Direitos Humanos.  
3. Sentenças (Direito internacional público). I. Maués, Antonio Moreira.  
II. Magalhães, Breno Baía. III. Título.

CDD 341.480268

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

# Apresentação

Este livro apresenta os primeiros resultados dos trabalhos da Rede de Pesquisa “A Recepção da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, coordenada pela Universidade Federal do Pará com a participação da Universidade de los Andes (Colômbia), Universidade Iberoamericana (México), Universidade Nacional de Lanús (Argentina) e Universidade Paris 1 (França). A Rede é financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por meio do Edital MCTI/CNPQ Nº 14/2014 (Chamada Universal).

A Rede de Pesquisa tem como objetivo analisar a recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nos ordenamentos jurídicos de Brasil, Argentina, Colômbia e México, desenvolvendo estudos comparativos sobre: o nível hierárquico atribuído à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); o uso da interpretação conforme a CADH e sua aplicação direta pelas autoridades nacionais; o nível de cumprimento das decisões da Corte IDH pelos Estados e os mecanismos internos criados para prevenir novas violações; o caráter vinculante e/ou persuasivo dos precedentes da Corte IDH e as áreas do direito em que sua jurisprudência conta com maior recepção; a existência de diálogo entre o judiciário nacional e a Corte IDH.

O desenvolvimento dessa pesquisa parte do reconhecimento de que a Corte IDH conta com uma posição institucionalmente privilegiada para influenciar os ordenamentos jurídicos nacionais no campo dos direitos humanos, tendo em vista a obrigatoriedade de suas sentenças, cujo cumprimento é supervisionado pela própria Corte. Além disso, o caráter aberto das disposições da CADH implica que a Corte IDH, ao julgar um caso, tenha que desenvolver o conteúdo dos direitos protegidos pela Convenção, delimitando as obrigações dos Estados perante ela. Essa jurisprudência vê-se fortalecida pelo uso que a Corte IDH faz de seus próprios precedentes para fundamentar decisões, o que constantemente reafirma sua interpretação da CADH e indica a todos os Estados como ela deve ser cumprida.

No Brasil, embora a competência contenciosa da Corte IDH tenha sido reconhecida somente em 1998, o tema da recepção de sua jurisprudência já se

tornou parte da agenda nacional. Sob a influência das inovações da Emenda Constitucional nº 45/2004, o STF passou a adotar a tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, o que significa que a legislação infraconstitucional deve ser compatível com esses tratados para ser aplicada. Essa nova perspectiva do direito brasileiro coloca igualmente em novo patamar a jurisprudência internacional de direitos humanos, cujo conhecimento e recepção são necessários para o bom desenvolvimento da tarefa interpretativa que se impõe ao judiciário nacional. Deve-se destacar, ainda, que a Corte IDH julgou, até junho de 2017, 7 casos brasileiros<sup>1</sup>, dentre os quais 6 resultaram em condenações por violações de direitos humanos<sup>2</sup>.

Nesse contexto, a comparação entre as experiências de Brasil, Argentina, Colômbia e México permite aprofundar o conhecimento dos mecanismos e critérios utilizados para promover a recepção da jurisprudência da Corte IDH nos ordenamentos jurídicos nacionais. A escolha dos ordenamentos objeto de comparação justifica-se por se tratarem dos países mais importantes da região em termos populacionais e econômicos, o que nos permite afirmar que a maneira como neles se processa a recepção da Corte IDH tem o potencial de influenciar toda a região. Além disso, a partir da década de 90 esses países conheceram mudanças em seus sistemas jurídicos que representaram uma abertura maior para o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, ampliando as possibilidades de recepção da jurisprudência da Corte IDH.

Neste livro, o tema central é o cumprimento das sentenças da Corte IDH, mas a ele não se resume. O cumprimento de condenações oriundas de organismos internacionais envolve uma gama de fatores que extrapolam o campo do direito internacional e alcançam o direito constitucional (na forma pela qual os

---

1 1) Caso *Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333; 2) Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318; 3) Caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219; 4) Caso *Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203; 5) Caso *Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200; 6) Caso *Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161 e 7) Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

2 A corte considerou, após análise dos fatos e provas apresentados, que o Estado não violou as garantias judiciais e a proteção judicial dos familiares de Gilson Nogueira de Carvalho, defensor de direitos humanos assassinado que investigava grupos de extermínio no Rio Grande do Norte.



tratados e a jurisprudência internacionais de direitos humanos são incorporados pelo ordenamento jurídico local) e a ciência política (nas ações realizadas pelos poderes legislativo e executivo para concretizar as medidas de reparação), exigindo análises que conjuguem ambas as perspectivas.

A obra se divide, para tanto, em duas partes: a primeira, composta por trabalhos voltados a análises constitucionais e comparativas sobre a recepção da CADH e das sentenças da Corte IDH, e a segunda, na qual são colacionados estudos sobre o cumprimento das sentenças da Corte IDH no Brasil, Argentina, Colômbia e México. Ao final do livro, anexos demonstram o estado de cumprimento das sentenças da Corte IDH nesses países.

A primeira parte do livro é inaugurada com textos que problematizam as potencialidades e consequências da supralegalidade no Brasil, a partir da análise da jurisprudência do STF. A introdução de um parâmetro internacional para a fiscalização do direito infraconstitucional poderá favorecer a construção de uma jurisdição constitucional mais aberta ao diálogo com as decisões da Corte IDH (*Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial*), contudo, isso dependerá da forma com a qual o STF interpretará os efeitos decorrentes da supralegalidade (*A Recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal e a Supralegalidade*) e de aspectos processuais inerentes ao processo civil e constitucional brasileiros (*La Objetivación del Recurso Extraordinario y el Desafío para Garantizar Derechos en el Control Difuso de Constitucionalidad en Brasil*).

Encerrando a primeira parte da obra, artigo comenta recente decisão refratária à jurisprudência da Corte IDH da Corte Suprema da Argentina, tradicionalmente dialogante (*La Autoridad de las Sentencias de la Corte Interamericana y los Principios de Derecho Público Argentino*), a qual poderá dificultar as interações entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos. Esta mesma interação é analisada à luz da jurisprudência dos tribunais constitucionais/supremos de Colômbia, Argentina e Brasil (*A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais*), apontando diferenças nas formas de recepção da CADH e da jurisprudência da Corte IDH.

A segunda parte do livro concentra os estudos sobre o cumprimento das sentenças da Corte IDH. Tais estudos não pretendem revisar todas as condenações e, por consequência, medidas de reparação impostas aos países, mas investigar as principais medidas determinadas pela Corte IDH, a fim de verificar

padrões, entraves e sucessos presentes nos países, bem como sua correlação com a situação do Estado brasileiro no cumprimento de medidas similares.

Essa parte inicia-se com um texto de cunho metodológico que oferece subsídios para o estudo do cumprimento das sentenças da Corte IDH, além de examinar o caso colombiano (*Después del Fallo*). A obrigação de investigar e responsabilizar os autores de violações de direitos humanos é debatida por meio dos esforços empreendidos pelos Estados brasileiro e colombiano para reparar os casos de desaparecimentos forçados (*O Cumprimento de Sentenças da Corte IDH sobre Desaparecimentos Forçados em Brasil e Colômbia*). As medidas de adequação do direito interno e as exigências de alteração, revogação e criação de leis são analisadas por meio da comparação entre Brasil e Argentina (*O Cumprimento das Medidas de Reparação de Adequação Legislativa no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*). Nesse último país, a aplicação do direito internacional dos direitos humanos é ainda abordada em um estudo específico (*Ejecución de Decisiones Internacionales en Materia de Derechos Humanos por Tribunales Domésticos en Argentina*). Por fim, o tema das inovações institucionais necessárias para o cumprimento das sentenças da Corte IDH é objeto de um trabalho comparativo sobre Brasil e México (*Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais*).

*Antonio Moreira Maués*

*Breno Baía Magalhães*

## Material de Apoio e Download

O presente livro possui seus gráficos (páginas 143 e 144) disponíveis no site da editora, em cores. Para acessá-los, visite o [www.lumenjuris.com.br](http://www.lumenjuris.com.br), faça a busca pelo título do livro e efetue o download dos arquivos.

Os gráficos impressos na obra são apenas referenciais.



# Sumário

<b>Apresentação.....</b>	<b>V</b>
<b>Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial.....</b>	<b>1</b>
<i>Antonio Moreira Maués</i>	
<b>A Recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal (2009-2015) e a Supralegalidade: o Discurso Engajado e a Prática Resistente .....</b>	<b>17</b>
<i>Bruna Fonseca Uchoa</i>	
<i>Rafael Cruz Bemerguy</i>	
<i>Breno Baía Magalhães</i>	
<b>La Objetivación del Recurso Extraordinario y el Desafío para Garantizar Derechos en el Control Difuso de Constitucionalidad en Brasil.....</b>	<b>61</b>
<i>Paula Arruda</i>	
<b>La Autoridad de las Sentencias de la Corte Interamericana y los Principios de Derecho Público Argentino: Comentarios sobre el Caso “Fontevicchia” de la Corte Suprema.....</b>	<b>85</b>
<i>Victor Abramovich</i>	
<b>A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil .....</b>	<b>99</b>
<i>Antonio Moreira Maués</i>	
<i>Breno Baía Magalhães</i>	

<b>Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una Propuesta de Metodología.....</b>	<b>137</b>
<i>Sergio Iván Anzola</i>	
<i>Beatriz Eugenia Sánchez</i>	
<i>René Urueña</i>	
<b>O Cumprimento de Sentenças da CorteIDH sobre Desaparecimentos Forçados em Brasil e Colômbia .....</b>	<b>201</b>
<i>Paulo André Nassar</i>	
<i>Rafaela Bacelar</i>	
<b>O Cumprimento das Medidas de Reparação de Adequação Legislativa no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Formação de Coalizões Pró-Cumprimento no Brasil e Argentina .....</b>	<b>231</b>
<i>Breno Baía Magalhães</i>	
<i>Débora Regina Mendes Soares</i>	
<i>Giulia Santos de Vasconcelos</i>	
<b>Ejecución de Decisiones Internacionales en Materia de Derechos Humanos por Tribunales Domésticos en Argentina: el Giro a Partir del Caso “Fontevicchia” .....</b>	<b>269</b>
<i>Julieta Rossi</i>	
<b>Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais? As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México para dar Cumprimento às Sentenças da CorteIDH .....</b>	<b>305</b>
<i>Rafaela Teixeira Sena Neves</i>	
<i>Ana Paula Oliveira da Silva Pacheco</i>	
<i>Victória Cristine de Figueiredo Ferreira</i>	
<b>Anexos .....</b>	<b>351</b>

# Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial

*Antonio Moreira Maués<sup>1</sup>*

## Introdução

Este trabalho apresenta algumas questões que orientam as atividades da Rede de Pesquisa “A Recepção da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em especial no que tange à adoção da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Busca-se indagar se essa mudança jurisprudencial pode contribuir para a superação dos modelos hierárquicos de relação entre direito interno e direito internacional em favor de modelos pluralistas, caracterizados pela interdependência e ausência de hierarquia entre ordens jurídicas e pela utilização do diálogo judicial como forma de resolução de conflitos em torno da aplicação dos direitos humanos pelos tribunais nacionais e internacionais.

## 1. Da legalidade à supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>2</sup>

Nas duas primeiras décadas após a promulgação da Constituição de 1988, o STF manteve a jurisprudência firmada sob o regime da Constituição de 1969, segundo a qual os tratados internacionais possuíam o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. O fato de que os julgados do STF sobre a matéria não diziam respeito aos direitos humanos e a inédita menção aos tratados feita pelo art. 5º,

---

1 Professor Titular da Universidade Federal do Pará (UFPA). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

2 Esta seção reproduz trechos publicados anteriormente em Maués (2013).

§ 2º da Constituição de 1988<sup>3</sup>, criou a expectativa de que a ratificação desses instrumentos internacionais pelo Brasil provocasse uma mudança no entendimento do STF. Tal não ocorreu: no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.347 (J. 05/10/95), o STF recusou a utilização dos tratados internacionais como parâmetro de controle de constitucionalidade, negando que as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pudessem fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de Portaria do Ministério do Trabalho, e na ADIn nº 1.480 (J. 04/09/97), o Tribunal reafirmou que não apenas os tratados internacionais estão subordinados à Constituição, como também se situam no mesmo plano de validade, eficácia e autoridade das leis ordinárias (GALINDO, 2002, p. 215-217; MAUÉS, 2008, p. 297-298).

Porém, em dezembro de 2008, o STF modificou sua orientação, passando a considerar que os tratados de direitos humanos são supralegais, colocando-se abaixo da Constituição e acima das leis. Os casos que levaram à nova orientação do STF diziam respeito à prisão civil do depositário infiel, prevista no Artigo 5º, LXVII da Constituição de 1988<sup>4</sup>, que contrastava com o Artigo 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), segundo o qual a prisão por dívidas somente pode ser decretada em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar<sup>5</sup>. Durante vários anos, o STF considerou que a norma constitucional não havia sido afetada pela ratificação da CADH, em 1992, pelo Brasil, o que mantinha a validade das normas infraconstitucionais que regulavam essa modalidade de prisão. Atualmente, o STF considera que a prisão civil do depositário infiel é “ilícita”, tendo editado a Súmula Vinculante nº 25 sobre o tema<sup>6</sup>.

A ementa da decisão paradigmática do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343 (J. 03/12/08), tomada por unanimidade, ajuda-nos a compreender as razões da mudança:

---

3 “Artigo 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

4 “Artigo 5º, LXVII. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

5 “Artigo 7.7. Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

6 Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.



“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Como se nota, para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas “à luz” da CADH.

Algumas mudanças constitucionais levaram o STF a rever sua jurisprudência<sup>7</sup>. Destaca-se a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou três importantes disposições sobre direitos humanos: a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quórum exigido para essas<sup>8</sup>; a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional<sup>9</sup>; e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos

---

7 Anteriormente, em um caso julgado em 2000, a tese da supralegalidade fazia sua primeira aparição no STF. No Recurso em Habeas Corpus nº 79.785 (J. 29/03/00), o Relator, Min. Sepúlveda Pertence admitiu que os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que posicionados abaixo da Constituição, deveriam ser dotados de “força supra-legal”, de modo a dar aplicação direta às suas normas, até mesmo contra leis ordinárias, “sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.” Apesar disso, o julgamento concluiu negando ao duplo grau de jurisdição o caráter de uma garantia constitucional absoluta, limitando, portanto, a aplicabilidade do Artigo. 8.2.h da CADH, segundo o qual, “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

8 “Artigo 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.”

9 “Art. 5º, § 4º. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

casos de grave violação dos direitos humanos<sup>10</sup>. Embora tratem de temas distintos, as inovações da EC nº 45 tinham em comum a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, fosse pela possibilidade expressa de reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados sobre a matéria, pela sujeição do país à jurisdição penal internacional, ou pela criação de mecanismos mais hábeis para cumprir com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

O sentido dessas mudanças também foi reconhecido pelo STF. Assim, o Min. Gilmar Mendes afirma em seu voto que a inclusão do § 3º do art. 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”, o que indicava a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o Min. Celso de Mello destacava que a EC nº 45 “introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil”.

O ponto comum, compartilhado por todos os Ministros, de que o STF deveria reconhecer um papel mais forte às normas internacionais de proteção dos direitos humanos não elidia, contudo, uma polêmica sobre o nível hierárquico dessas normas. Superada a tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos, e sem que nenhum membro do STF defendesse a tese da supraconstitucionalidade, duas orientações disputaram o entendimento do STF.

Para a minoria, representada pelo voto do Min. Celso de Mello, os tratados internacionais de direitos humanos teriam caráter “materialmente constitucional”, mesmo que tenham sido aprovados antes da EC nº 45, compondo o “bloco de constitucionalidade”. Assim, o novel § 3º do art. 5º, ao atribuir formalmente hierarquia constitucional aos tratados aprovados com base nele,

---

10 “Artigo 109, § 5º. Nas hipóteses de grave violação a direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

não teria vindo retirar a hierarquia constitucional material dos tratados ratificados anteriormente, reconhecida com base no dever do Estado de “respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”. Dessa forma, o § 3º reforçara a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, uma vez que não seria razoável colocar em níveis hierárquicos distintos tratados que dispõem sobre a mesma matéria.

A maioria do STF entendeu, contudo, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem nível hierárquico supralegal. Dentre as razões apresentadas em favor dessa tese, podemos destacar:

- a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciado na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais;
- b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna;
- c) o entendimento que a inclusão do § 3º do art. 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais.

Apesar disso, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não autorizavam mais a continuação da tese da legalidade, servindo a supralegalidade como solução que permitiria compatibilizar essas mudanças sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direito humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.

O fato de que, apesar dos fundamentos distintos, todos os Ministros do STF convergiram sobre a ilicitude da prisão do depositário infiel demonstra que, em muitos casos, a opção pela tese da constitucionalidade ou da suprale-

galidade não levará a decisões diferentes. Contudo, uma consequência da tese da supralegalidade é negar que os tratados de direitos humanos possam servir de parâmetro de controle de constitucionalidade, ou seja, eles não integram o conjunto de disposições com base nas quais se analisa a constitucionalidade das leis e outros atos normativos (CRUZ VILLALÓN, 1987, p. 39-41). Ao contrário, a adoção da tese da constitucionalidade permitiria acionar os mecanismos de controle de constitucionalidade para fiscalizar a validade das leis não apenas perante a Constituição, mas também em relação aos tratados de direitos humanos.

Apesar dessa diferença, um exame mais cuidadoso dos fundamentos da decisão do STF demonstra que existe muita proximidade entre as duas teses. Ao decidir os casos que envolviam a prisão do depositário infiel, o STF não apenas interpretou a legislação infraconstitucional de maneira a compatibilizá-la com a CADH, mas interpretou a própria Constituição com base nesse tratado. Em decorrência da adoção da tese da supralegalidade, a disposição constitucional que prevê a prisão do depositário infiel teve sua força normativa esvaziada: uma vez que essa figura está sujeita à regulamentação legal para ter plena eficácia, o que o STF fez, ao proibir que o legislador ordinário decida sobre a matéria, foi impedir que a norma constitucional seja aplicada, salvo a hipótese, quase cerebrina, de que fosse aprovado por emenda constitucional o conteúdo das normas que tratam desse instituto, hoje constantes na legislação civil e processual civil. Mesmo nesse último caso, tal emenda constitucional estaria sujeita à revisão com base no princípio da proibição do retrocesso. Tendo em vista que o legislador não pode regulamentar o instituto da prisão civil sem desrespeitar a CADH, que é hierarquicamente superior às leis, essa regulamentação tornou-se juridicamente impossível, tal como exemplifica a própria Súmula Vinculante nº 25<sup>11</sup>.

---

11 Essa mudança na interpretação da Constituição fica ainda mais evidente quando se contrasta com os fundamentos apresentados pelo Min. Moreira Alves no julgamento do HC nº 72.131: “Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação constitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel (...)”.

Essa retirada de competência do legislador ordinário implica que o STF modificou a interpretação do dispositivo constitucional, restringindo o alcance da exceção nele prevista. A disposição que trata da prisão do depositário infiel deixou de ser interpretada como uma norma que obrigava o legislador a regulamentar o instituto e nem mesmo passou a ser interpretada como uma norma que lhe faculta essa competência, uma vez que o legislador não poderá exercê-la enquanto estiver em vigor no Brasil a CADH. Assim, podemos dizer que o STF reinterpreto a Constituição e estabeleceu uma norma que veda ao legislador ordinário regulamentar o instituto. Por essas razões, vemos que a expressão usada na ementa acima citada é fiel: não apenas a legislação ordinária, mas a própria Constituição foi interpretada “à luz” da CADH.

A análise da decisão do caso do depositário infiel evidencia que, apesar das diferenças entre a tese da constitucionalidade e da supralegalidade, ambas as hipóteses abrem a possibilidade que a Constituição – e não apenas as leis infraconstitucionais – seja interpretada de maneira compatível com os tratados internacionais de direitos humanos. Ainda que a supralegalidade não permita que os tratados de direitos humanos – salvo os aprovados com base no art. 5º, § 3º – sirvam como parâmetro de controle de constitucionalidade, a jurisprudência do STF indica que esses tratados podem ser utilizados não apenas para interpretar as normas infraconstitucionais, mas também as normas constitucionais, funcionando como *parâmetros de interpretação constitucional*<sup>12</sup>, os quais fornecem critérios hermenêuticos para definir o conteúdo das normas constitucionais. Ao julgar a validade de atos do poder público perante a Constituição, o STF pode analisar os direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais para definir de que maneira as disposições constitucionais devem ser interpretadas.

## **2. Da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ao diálogo judicial**

Em diversos países, pode-se observar que, independentemente do nível hierárquico que lhes é atribuído, os tratados de direitos humanos influenciam de maneira decisiva o direito interno. Ao contrário dos instrumentos que somente

---

12 A importância dessa categoria para compreender as relações entre Constituição e tratados internacionais é destacada por Gómez Fernández (2005, p. 359-361).

criam obrigações recíprocas entre os Estados, esses tratados têm como objetivo a proteção das pessoas, estabelecendo deveres do poder público em relação a seus jurisdicionados. Não se trata de casualidade, portanto, que o conteúdo dos tratados de direitos humanos frequentemente se sobreponha ao conteúdo das Constituições, uma vez que a garantia dos direitos da pessoa humana é uma área comum aos dois sistemas (BERNHARDT, 1993, p. 25-26; DRZEMCZEWSKI, 1997, p. 20-23; RAMOS, 2004, p. 36-40).

Nesse contexto, não é mais possível defender uma visão estritamente hierárquica da relação entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos (BOGDANDY, 2008; TORRES PÉREZ, 2009, cap. 3). O desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção cria uma dinâmica em que os órgãos nacionais não podem desconhecer o impacto das decisões tomadas pelos tribunais internacionais no âmbito do direito interno, sob pena de o Estado constantemente encontrar-se em situação de inadimplência perante a comunidade internacional. Como o dever de cumprir com as obrigações pelo Estado independe do nível hierárquico que é atribuído ao tratado, é necessária a adoção de critérios hermenêuticos que permitam harmonizar suas disposições com as disposições de direito interno, especialmente as de índole constitucional<sup>13</sup>.

Partindo do pressuposto de que os direitos reconhecidos nos tratados devem ser garantidos pelo Estado aos seus jurisdicionados mesmo que suas disposições não tenham sido incorporadas no direito interno ou, caso isso tenha ocorrido, independentemente do nível que receberam na hierarquia interna, percebemos que o problema gira em torno de saber quais são os direitos que vinculam os poderes públicos, independentemente da origem internacional ou interna da norma. Tanto os “direitos fundamentais” reconhecidos em uma Constituição, quanto os “direitos humanos”, reconhecidos em um tratado internacional possuem o mesmo propósito: limitar o uso do poder coercitivo do Estado (LET-SAS, 2007, p. 33-35). As perguntas que devem ser feitas pelo juiz que aplica uma disposição constitucional ou internacional, portanto, são as mesmas: o Estado está autorizado a usar seu poder coercitivo nesta determinada situação? Sob esse ponto de vista, a resposta formulada pelo STF no caso da prisão civil

---

13 Observe-se que, mesmo a atribuição de nível constitucional aos tratados de direitos humanos não prescinde de critérios hermenêuticos para solucionar eventuais problemas de conflito entre as disposições constitucionais originárias e as disposições internacionais, tal como exemplifica o recurso a critérios como o da “norma mais favorável.”

do depositário infiel é exemplar: o uso da coerção nessa hipótese não está autorizado “à luz” da CADH.

Ao buscar respostas a essas perguntas, os juízes nacionais não podem desconhecer a interpretação desenvolvida pelos organismos internacionais e, no âmbito do sistema interamericano, pela Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso da Corte IDH, um conjunto de fatores a coloca em uma posição institucionalmente privilegiada para influenciar os ordenamentos jurídicos nacionais no campo dos direitos humanos:

- a) a jurisdição da Corte IDH hoje abrange todos os países latino-americanos membros da OEA, à exceção da Venezuela, e suas decisões são vinculantes para os Estados;
- b) a Corte IDH emite sentenças regularmente e possui competência para supervisionar seu cumprimento;
- c) o caráter aberto das disposições da CADH implica que a Corte IDH, ao julgar um caso, tenha que desenvolver o conteúdo dos direitos protegidos pela Convenção, delimitando as obrigações dos Estados perante ela;
- d) a jurisprudência da Corte IDH é fortalecida pelo uso que ela faz de seus próprios precedentes para fundamentar suas decisões, reafirmando constantemente sua interpretação da CADH e indicando a todos os Estados como ela deve ser cumprida.

Essa evolução do sistema interamericano pode ser analisada a partir de dois modelos (URUEÑA, 2012):

- a) constitucionalismo interamericano: caracteriza-se pelo desenvolvimento de normas internacionais que limitam o poder do Estado, das instituições globais e dos particulares, formando um núcleo duro da ordem jurídica internacional. Sob essa perspectiva, a CADH torna-se um “documento constitucional básico” e as autoridades nacionais funcionam como agentes da comunidade internacional, aplicando e fazendo cumprir os parâmetros jurídicos internacionais. Supõe, portanto, a supremacia do direito internacional;

- b) pluralismo interamericano: considera que não há supremacia nem do direito interno nem do direito internacional. Na ausência de um parâmetro normativo único interamericano, há igualdade entre sistema nacional e internacional, uma vez que diversas ordens jurídicas se aplicam a um mesmo problema, sem que haja um mecanismo claro de hierarquia ou preferência que estabeleça se devem prevalecer as interpretações dos tribunais nacionais ou da Corte IDH. Nesse modelo, o diálogo entre os tribunais é necessário para que o judiciário nacional deixe de ser simples seguidor da jurisprudência internacional e possam participar como iguais em um diálogo transnacional, que cria uma visão compartilhada do regime dos direitos humanos.

Não cabe dúvida sobre o papel da Corte IDH na interpretação da CADH, de acordo com seu Artigo 62.3<sup>14</sup>, o que significa que o conhecimento do conteúdo dos direitos humanos e das obrigações correspondentes dos Estados não pode ser obtido sem o conhecimento da jurisprudência da Corte Interamericana no exercício de sua função de intérprete da CADH. Além disso, embora a CADH disponha somente que “Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (Artigo 68.1), os efeitos das decisões da Corte Interamericana ultrapassam os limites do caso concreto. Tal como vimos, a fundamentação da decisão sempre representa uma interpretação do conteúdo da CADH que não pode ser desconhecida pelos Estados na identificação de suas obrigações convencionais.

Porém, há situações mais problemáticas em que a decisão que condena o Estado por violação dos direitos humanos tem como fundamento a existência de lei contrária à CADH. Considerando o princípio da *restitutio in integrum*, o Estado tem o dever de adequar sua legislação à CADH, de modo a corrigir o descumprimento de suas obrigações. Assim, quando a aplicação da lei, ou sua mera existência, leva à violação da Convenção, a aplicação do Artigo 2º da CADH<sup>15</sup> significa que somente a mudança no direito interno

---

14 “Artigo 62.3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial”.

15 “Artigo 2º. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza,



pode fazer com que o Estado elimine sua situação de insolvência perante o sistema interamericano.

É importante ainda ressaltar que, como a fonte da violação é uma disposição de caráter geral, a Corte afirma que sua decisão também tem caráter geral, buscando com esse “efeito vinculante” garantir a não repetição da violação, embora reconhecendo ao Estado a escolha dos meios para suprimir qualquer efeito das disposições normativas incompatíveis com a CADH.

Nos países que dispõem de controle judicial de constitucionalidade das leis, esse tipo de decisão da Corte Interamericana pode gerar uma séria divergência com a jurisprudência dos tribunais nacionais, caso as mesmas disposições normativas já tenham sido consideradas válidas pela justiça constitucional. A possibilidade de que uma mesma lei tenha sua validade julgada pela Corte Interamericana frente à CADH e pelos tribunais nacionais frente à Constituição, com resultados diferentes, cria uma situação problemática que demanda soluções hermenêuticas para harmonizar a jurisprudência da Corte Interamericana com a jurisprudência constitucional.

Diante desses conflitos entre a Corte IDH e as autoridades nacionais, algumas alternativas de solução têm sido buscadas no diálogo entre tribunais (BURGORGUE-LARSEN, 2013; RAMOS, 2009). A partir do final da Guerra Fria, observa-se que houve um fortalecimento da comunicação entre juízes e tribunais o que pode ser atribuído a diferentes causas, tais como o processo de globalização, a expansão de regimes democráticos e a criação de tribunais supranacionais. Na América Latina, o contexto de redemocratização dos anos 90 gerou, tal como vimos, um notável fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o que tornou mais relevante a jurisprudência da Corte IDH para os Estados-Partes da CADH.

Essa comunicação pode se desenvolver de diferentes formas, de acordo com o grau de engajamento recíproco dos tribunais envolvidos, podendo variar desde o diálogo direto, em que ocorre uma troca na qual as posições de um tribunal são respondidas por outro; monólogo, em que as ideias ou conclusões de um tribunal são utilizadas por outros tribunais; e diálogo intermediado, em que um

---

os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

tribunal difunde de maneira consciente as ideias de um tribunal para outros, fazendo com que eles reajam a elas (SLAUGHTER, 1994).

Deve-se destacar o interesse de ambas as partes no desenvolvimento dessa comunicação: de um lado, a Corte IDH não conta com instrumentos próprios de implementação de suas decisões, o que torna indispensável a cooperação das autoridades nacionais para esse cumprimento, o que inclui o poder judiciário. De outro lado, os tribunais nacionais também devem assumir sua responsabilidade para que o Estado não se torne inadimplente perante suas obrigações internacionais.

Observa-se, assim, que em vários países os tribunais nacionais se tornaram uma importante força institucional na proteção do “international rule of law”, tornando as ordens jurídicas nacionais e internacional complementares. De acordo com Nollkaemper (2011), os tribunais nacionais contribuem para esse resultado quando exercem as seguintes funções: deliberação com base em normas internacionais e resolução de conflitos sobre sua aplicação; controle de convencionalidade; interpretação, determinação e desenvolvimento do direito internacional.

Tendo em vista os problemas comuns que envolvem a interpretação dos direitos humanos, os tribunais também contam com incentivos para conhecer a jurisprudência de seus pares a fim de melhorar a qualidade de suas decisões e garantir sua legitimidade. Esses últimos elementos facilitam que a comunicação judicial se transforme em diálogo. Nessa situação, não se trata apenas de que os tribunais nacionais usem precedentes da Corte IDH, mas também que ocorra uma interação na qual o judiciário nacional busca tomar suas decisões valendo-se da jurisprudência da Corte e vice-versa, reconhecendo que ambos os precedentes são dotados de autoridade persuasiva (SLAUGHTER, 2003).

Nesse novo contexto de crescente intercâmbio entre direito interno e direito internacional no campo dos direitos humanos, Jackson (2010) identifica três diferentes atitudes que são adotadas como curso de ação tanto pelo judiciário quanto pelas outras autoridades nacionais:

- a) *resistência*: considera que apenas as normas jurídicas que foram adotadas de acordo com as regras procedimentais de cada comunidade jurídica devem ser utilizadas na interpretação do direito. Para essa atitude, o direito internacional ou estrangeiro é irrelevante para a aplicação da Constituição, uma vez que se pretende evitar uma am-

pliação dos poderes do juiz e defender a especificidade da Constituição e o desenvolvimento de uma cultura constitucional própria. Essa resistência se manifestaria tanto sob a forma de indiferença, caracterizada pela ausência de interesse em manejar as fontes internacionais, quanto sob a forma de resistência ativa, quando há uma recusa em utilizar essas fontes;

- b) convergência: considera que o direito constitucional interno é um lugar para a implementação de normas jurídicas internacionais ou um participante de um processo descentralizado de convergência transnacional de normas. Colocando-se no polo oposto da resistência, essa atitude propõe uma identificação entre as normas jurídicas nacionais e internacionais. Segundo a autora, uma das principais influências sobre essa postura refere-se à utilização dos instrumentos internacionais de direitos humanos como modelos das garantias internas dos direitos. No que nos interessa mais de perto, a atitude de convergência é facilitada quando os textos constitucionais requerem interpretação conforme os tratados de direitos humanos ou quando se incorporam direitos desses instrumentos;
- c) engajamento: busca aumentar a capacidade de os juízes fazerem uma deliberação mais informada e imparcial sobre o conteúdo de suas normas constitucionais, reconhecendo a possibilidade tanto de harmonia quanto de dissonância entre sua interpretação e aquela desenvolvida no plano internacional. Nessa atitude, o direito internacional é concebido mais com uma “ferramenta de reflexão”, do que como um conjunto de normas que se impõem hierarquicamente. Embora seja similar, o engajamento não é igual ao diálogo, uma vez que não exige reciprocidade: um tribunal pode se envolver com o trabalho de outros tribunais ou experiências de outras comunidades políticas ou instrumentos internacionais de direitos humanos, sem expectativa de resposta. Isso significa que a autoridade que é atribuída à jurisprudência dos órgãos internacionais é mais persuasiva do que vinculante, porém, pode contribuir para entender melhor o direito interno. A atitude do engajamento pode assumir duas formas: deliberativa, quando não há obrigação de utilizar o direito interna-

cional, mas permite-se sua utilização pelo judiciário; e relacional, quando pode ocorrer uma obrigação de levar em conta, mas não necessariamente de seguir, as fontes internacionais.

As referências teóricas apresentadas neste texto servem para identificar alguns dos desafios que o judiciário brasileiro enfrenta para ampliar a proteção dos direitos humanos em diálogo com os tribunais internacionais. Nesse campo, a adoção da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos representou uma evolução importante, mas que depende de uma compreensão mais adequada das relações entre direito interno e direito internacional para gerar todos seus efeitos. Os trabalhos publicados a seguir buscam contribuir com esse aperfeiçoamento.

## Referências

BERNHARDT, Rudolf. The Convention and domestic law. In: MACDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (Eds.) *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, vol. 6, n. 3, p. 397-413, jul-out/2008.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El diálogo judicial*. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. México: Porrúa, 2013.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DRZEMCZEWSKI, Andrew Z. *European Human Rights Convention in domestic law*. A comparative study. Oxford: Clarendon Press, 1997.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LETSAAS, George. *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MAUÉS, Antonio Moreira. Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. In: NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *O direito e o futuro - O futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 10, nº 18, p. 215-235, jun./2013.

NOLLKAEMPER, André. *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, vol. 29, p. 99-137, 1994.

\_\_\_\_\_. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003.

TORRES PÉREZ, Aida. *Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

URUEÑA, René. Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos. In: GALINDO, George; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.) *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2012.



# A Recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal (2009-2015) e a Supralegalidade: o Discurso Engajado e a Prática Resistente

Bruna Fonseca Uchoa<sup>1</sup>  
Rafael Cruz Bemerguy<sup>2</sup>  
Breno Baía Magalhães<sup>3</sup>

## Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conferiu papel de destaque à proteção dos direitos humanos, assegurando um amplo rol de direitos e garantias considerados fundamentais para todas as pessoas residentes no país, sem distinção de nacionalidade. Segundo a própria Constituição (art. 5º, § 2º), ademais, o rol de direitos por ela trazido não seria exaustivo, incluindo direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil por ventura fizesse parte<sup>4</sup>.

Em decorrência do inédito conteúdo normativo desse dispositivo constitucional, esperava-se uma guinada jurisprudencial em relação à posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ainda sob a vigência da Constituição de 1967, no Recurso Extraordinário (RE) nº 80.004/SE, julgado em 1977, no qual se equiparou o *status* jurídico dos tratados internacionais ao das leis federais.

---

1 Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

3 Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

4 Art. 5º § 2º. *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Não obstante os protestos de alguns juristas<sup>5</sup>, que clamavam fosse reconhecida envergadura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, e a inserção da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, o STF, ao julgar o *Habeas Corpus* (HC) nº 72.131, em 1995, manteve a jurisprudência firmada em 1977 e tornou a sustentar a teoria da paridade de hierarquia entre tratados internacionais de qualquer natureza e as leis federais.

A mudança no *status* conferido aos tratados sobre direitos humanos deu-se em dezembro de 2008, com o julgamento do RE nº 466.343/SP, muito influenciado pela reforma constitucional levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 45/04. Dentre as transformações sofridas pelo texto constitucional, destaca-se a inclusão do parágrafo terceiro ao art. 5º, que assegurou aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, envergadura equivalente à emenda constitucional.

Durante o julgamento do RE, abriram-se duas linhas argumentativas divergentes acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira, minoritária, foi liderada pelo Min. Celso de Mello que entendia que esses diplomas internacionais revestir-se-iam de caráter materialmente constitucional (embora não formal), compondo o que se denominaria bloco de constitucionalidade. Assim, ainda quando não aprovados segundo o quórum estabelecido pelo art. 5º, §3º da CRFB/88, os tratados fariam parte do bloco de constitucionalidade, pois não seria lógico que tratados da mesma temática gozassem de regime jurídico diferenciado<sup>6</sup>. A segunda, re-

---

5 Por exemplo: Flávia Piovesan (2010), André Ramos Tavares (2012), Ingo Sarlaet (2005), Valério Mazzuoli (2011), Sidney Guerra (2008) e Cançado Trindade (2000).

6 A cisão dos direitos fundamentais em materialmente e formalmente constitucionais surge com o intuito de solucionar uma possível contradição na argumentação daqueles que defendem a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, especialmente após a alteração constitucional trazida pelo § 3º, art. 5º da CF/88. Tendo em vista que o Brasil ratificou as principais normas internacionais sobre Direitos Humanos de acordo com o procedimento anterior, que não exigia quórum qualificado, a exigência, após a EC 45/04, do quórum qualificado para atribuir aos referidos tratados tratamento equivalente aos das emendas constitucionais poderia justificar, como o fez o Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP, o status não constitucional dos tratados ratificados antes da referida emenda, na medida em que a Constituição teria demonstrado, agora explicitamente, após a reforma, que os direitos humanos sediados em tratados internacionais apenas poderiam ser considerados como constitucionais, caso tivessem observado o trâmite de alteração formal da Constituição no momento de sua aprovação pelo Congresso Nacional, de sorte que os tratados incorporados segundo o procedimento anterior – isto é, a maioria e os mais importantes – não poderiam ostentar status de



presentativa da posição da corte, contudo, encaminhou-se em sentido diverso, pois os Ministros, conduzidos pelo voto do Min. Gilmar Mendes, entenderam que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuíam natureza supralegal. Segundo essa posição, os tratados sobre direitos humanos que não passaram pelo quórum do art. 5º, § 3º, não poderiam opor-se à Constituição, por estarem juridicamente subordinados a ela, porém, devido ao caráter especial conferido a eles pelo art. 5º, §2º, aqueles poderiam paralisar a eficácia da legislação infraconstitucional, já que a ela se sobrepõem:

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916 (STF, 2008).

No aludido julgamento, o efeito paralisante da legislação infraconstitucional conflitante com o tratado não foi o único desdobramento da supralegalidade, pois permitiu que a própria Constituição fosse interpretada em conformidade com convenções internacionais sobre direitos humanos. Ao paralisar a eficácia de todas as normas infraconstitucionais que regulamentavam a prisão do depositário infiel, vedando que o legislador constituído pudesse legislar sobre a matéria senão que por meio de emenda à Constituição, o STF impediu a aplicação de um dispositivo constitucional que necessitava de lei ordinária para alcançar sua plena eficácia. Ou seja, uma norma constitucional não pode ser aplicada no Brasil por força de um tratado internacional sobre direitos humanos cuja hierarquia é inferior à dela, o que significa, *a contrario sensu*, que um dispositivo da Constituição teve seu alcance restringido, em razão de ter sido interpretado à luz de um tratado sobre direitos humanos<sup>7</sup>.

---

normas constitucionais. Para maiores aprofundamentos sobre a problemática distinção entre direitos fundamentais materialmente e formalmente constitucionais, cf. Magalhães *et. al* (2014).

7 Para reforçar esse argumento, cf. Maués (2013, p. 218-220). Em trabalho acadêmico, o ministro Gilmar Mendes (2012, p. 648), ao comentar a previsão constitucional da prisão do depositário infiel parece confirmar o argumento defendido no parágrafo acima ao pontuar que a Constituição, por conta da evolução da jurisprudência e “com base no conteúdo do Pacto de San José da Costa Rica, não mais autoriza a prisão civil por dívida”. Outro indício pode ser colhido de trecho da ementa redigida pelo ministro Cezar Peluso no RE 466.343/SP (... Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas

Em face desse segundo efeito, de cunho mais interpretativo, as distinções entre ambas as teses – supralegalidade e bloco de constitucionalidade – serão constatadas eminentemente no campo processual, pois, em quaisquer uns dos casos, tais tratados serão capazes de interferir tanto na legislação infraconstitucional, quando na própria interpretação da Constituição<sup>8</sup>, porém, a supralegalidade impedirá que sejam propostas ações no controle concentrado de constitucionalidade que tenham como parâmetro tratados internacionais sobre direitos humanos.

Por outro lado, a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), alçada à supralegalidade, pode servir de parâmetro para a identificação dos possíveis efeitos decorrentes da mudança jurisprudencial do STF, quais sejam: 1) paralisação de legislação infraconstitucional a ela contrária e/ou o 2) incentivo para o desenvolvimento de uma relação interpretativa entre a Constituição e a CADH. Dessa forma, este estudo se propõe a aprofundar o conhecimento acerca da recepção da CADH para além de sua internacionalização formal ao direito brasileiro, de modo a compreender seu emprego pelo STF por meio dos sobreditos efeitos, bem como posterior avaliação da postura do tribunal em face dessa recepção.

A tese da supralegalidade servirá como mote para análise da recepção da CADH na jurisprudência do STF, uma vez que não basta afirmar suas características e possível avanço doutrinário no que tange aos efeitos de tratados internacionais de direitos humanos no âmbito constitucional; mais importante é assentar de que forma o tribunal, efetivamente, interpreta tais normativas internacionais e sua postura em relação ao texto constitucional. Ou seja, a forma de recepção da CADH não depende, apenas, do procedimento formal de sua incorporação, mas de que forma ela é interpretada pelo STF.

Para tanto, este trabalho se divide em três partes distintas, porém complementares: inicialmente, se fará uma breve exposição do referencial teórico e do corte metodológico que guiou a pesquisa; em um segundo momento, serão apresentados os dados coletados conforme a metodologia proposta para, em uma última etapa, apresentar a análise feita pelos autores.

---

subalternas. *Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos – grifos nossos).*

8 Para maiores esclarecimentos a respeito do assunto, cf. Maués (2013) e Magalhães (2015).

O trabalho conclui que os efeitos da supralegalidade não foram desenvolvidos pelo STF. O tribunal utiliza a CADH na maioria das vezes para ratificar uma interpretação posterior que o ministro fez do texto constitucional e o efeito paralisante não foi observado em nenhuma ocasião. Tais conclusões demonstram que a CADH não parece gozar de um status especial ou diferenciado, demonstrando uma postura resistente em aplicar e interpretar o direito internacional por parte do STF.

## **1. Recorte Metodológico e Referencial Teórico: A recepção dos tratados internacionais e a postura das cortes internas**

A fim de delimitar o recorte metodológico empregado na coleta e análise das decisões utilizadas, faz-se necessário precisar o significado e o conteúdo do termo “recepção”. Aqui, o termo se presta não para identificar descritivamente o processo de ratificação formal de um tratado — tanto em sua vertente externa quanto doméstica — e internalização, é dizer, integração ao ordenamento jurídico nacional dos tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil tenha aderido. Para os estritos fins deste estudo, utilizar-se-á o conceito de recepção empregado por Helen Keller e Alec Stone Sweet (2008a, p. 12), que a definem como sendo os mecanismos pelos quais as autoridades nacionais cotejam, aplicam, resistem ou dão efetividade aos direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos<sup>9</sup>.

No que concerne ao conceito de autoridades nacionais, somente será objeto de atenção neste estudo a posição do Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da judicatura brasileira<sup>10</sup>. Sendo assim, embora destaque seja feito à manifestação isolada dos Ministros, ainda que vencidos nas votações, será a manifestação da Corte que se examinará de forma concreta.

Uma vez esclarecida a abrangência das decisões a serem analisadas, revela-se fundamental a compreensão da exata medida em que os direitos inscritos na CADH encontram abrigo no ordenamento jurídico brasileiro e, em particular,

---

9 No texto original: *By reception, we mean how — that is, through what mechanisms — national officials confront, make use of, and resist or give agency to Convention rights.*

10 Embora os autores utilizem um conceito muito mais amplo do que seria considerado como autoridades nacionais, o próprio formato e escopo deste trabalho é bem mais reduzido. Para melhor compreender tais definições, conferir a obra de Helen Keller e Alec Stone Sweet (2008a e 2008b).

na jurisprudência do STF. Nesse sentido, este trabalho empregará a classificação criada por Vicki C. Jackson (2010) como medida apta a identificar a postura dos juízes nacionais quanto à recepção da CADH. Segundo a autora, é possível que os juízes nacionais adotem três posturas distintas, a saber: resistente, convergente ou engajada.

No bojo da primeira classificação, encontramos aqueles órgãos judiciais que são silentes quanto ao uso de tratados internacionais ou que, deliberada e propositalmente, negam-lhes aplicação ou, ainda, aqueles que afirmam a sua indiferença em relação ao emprego do direito convencional (JACKSON, 2010, p. 33). A indiferença, pensamos, pode ser caracterizada de várias maneiras, desde uma total omissão do direito internacional na argumentação constitucional, até uma forma mais sofisticada de indiferença, representada pelo que denominaremos de interpretação ratificadora.

No caso de interpretação ratificadora, a citação à CADH não se justifica pela inserção de diferentes abordagens jurídicas possíveis sobre o tema constitucional em análise ou como elemento de aprendizado do juiz nacional, ela é feita como adendo a uma prolongada discussão acerca da solução de acordo com a Constituição ou às leis do país (WATERS, 2007, p. 654).

A situação acima é caracterizada como “reforço lógico” por Sitaraman (2009, p. 666). Nessas hipóteses, tratados internacionais são citados para justificar o acerto e a logicidade da decisão adotada pela corte nacional. Ao fim e ao cabo, são decisões baseadas no direito nacional, mas que utilizam fontes internacionais para reforçar a racionalidade da corte nacional, ou seja, apenas reforçam uma decisão constitucional tomada anteriormente.

No caso da postura convergente, tem-se o conteúdo diametralmente oposto ao da resistência, pois nele o emprego do direito alienígena e o uso de tratados internacionais não somente é abundante como é desejado (aspecto normativo). Assim, caracteriza-se pelo fato de assegurar lugar privilegiado ao uso do direito internacional e ao direito estrangeiro para conformar as normas constitucionais, justificando-se pelo uso de instrumentos internacionais de direitos humanos como modelos de garantia interna dos direitos. A Constituição é o *locus* para a implementação do direito internacional (JACKSON, 2010, p. 42).

A citação da CADH exibirá uma postura convergente quando o STF buscar conformar as normas constitucionais ao padrão interamericano, justificando sua postura na necessidade de correção das normas constitucionais internas ou na universalidade dos valores referentes aos direitos humanos, que exigem res-

postas convergentes e uniformes aos problemas semelhantes enfrentados pelas cortes constitucionais.

A seu turno, a atitude engajada (JACKSON, 2010, p. 71-102) centra a sua preocupação na autorreflexão de elementos utilizados pelos juízes nacionais para tomar as suas decisões (JACKSON, 2010, p. 71), independentemente de se o resultado dessa reflexão implicará na harmonia (*harmony*) ou na discordância (*dissonance*) entre o direito nacional e o supranacional. As abordagens dialógicas, especialmente no campo jurídico, ocupam-se dos elementos auto reflexivos oportunizados pelas interações de decisões constitucionais estatais e normas transnacionais (JACKSON, 2010, p. 71).

A natureza auto reflexiva da postura engajada ocupa-se das fontes internacionais para que sejam avaliadas de forma conjunta com as fundamentações adotadas pelo ordenamento nacional, tanto como meio de autoconhecimento, como também de reavaliação das justificativas que subjazem ao seu próprio cabedal normativo. O último passo, de reavaliação das justificativas, é um processo que pressupõe a necessária discussão das fundamentações e a demonstração do porquê da reafirmação, alteração ou compatibilização das justificativas originárias da interpretação constitucional (CHOUDHRY, 1999, p. 856-858).

Finalmente, a postura do STF será tida como engajada, nas hipóteses de utilização da CADH como fonte de autorreflexão acerca das próprias normas constitucionais, não, necessariamente, para se conformar a ela, mas a fim de problematizar sua inserção no direito brasileiro e o que pode ser por ela confirmado, alterado ou compatibilizado<sup>11</sup>.

Dessa forma, por meio da forma na qual o STF tenha recepcionado a CADH (para fins desta pesquisa, a partir da observância, ou não, dos efeitos paralisante e interpretativo), será possível avaliar a postura do tribunal, se resistente, convergente ou engajada.

Na medida em que os votos individuais dos Ministros do STF nem sempre são concordantes nos fundamentos, ainda quando estejam de acordo quanto às suas conclusões, foi necessário estabelecer um corte metodológico que nos permitisse fixar um posicionamento como sendo aquele adotado pelo Tribunal como um todo. Nesse sentido, interpretar-se-á como o posicionamento da Suprema Corte o voto condutor do acórdão, ou seja, aquele cuja força argumenta-

---

11 A alteração e a compatibilização do engajamento não se confundem com o efeito paralisante, que tem como objeto apenas as normas infraconstitucionais. O efeito interpretativo opera no nível constitucional.

tiva foi capaz de fazer com que mais Ministros expressamente o acompanhassem e que conforma os fundamentos da decisão<sup>12</sup>. Diversos problemas podem surgir dessa opção e, entre eles, destaca-se a possibilidade de dois votos distintos, porém complementares, serem acompanhados pela maioria; nesses casos, ambos os posicionamentos serão entendidos como manifestações do Tribunal. Note-se que é a menção expressa dos Ministros em acompanhar um ou outro voto que será o elemento distintivo de nossa análise.

Não serão analisados os votos vencidos ou mesmo os votos que, acompanhando o voto vencedor, utilizem a CADH como fundamento, logo, o destaque caberá à manifestação final da Corte. Serão compreendidas como manifestações do Supremo Tribunal Federal todas aquelas tomadas pelo Plenário ou por qualquer uma das duas Turmas, excluindo-se as decisões tomadas monocraticamente pelo Presidente<sup>13</sup>. Assim, todas as decisões colegiadas que atendam aos critérios da unidade de análise escolhida comporão o universo populacional deste artigo.

A seu turno, a unidade de análise, que é “um parâmetro objetivo que deve ser atendido por todos os acórdãos que serão objeto de análise” (NASSAR, 2016, p. 92), exige o exame de todas as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal publicadas no período compreendido entre janeiro de 2009 e dezembro de 2015, que citem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A coleta do material analisado neste estudo foi realizada por meio do mecanismo de busca jurisprudencial do sítio eletrônico do STF na internet<sup>14</sup>, utilizando como parâmetro os termos “convenção americana”, “convenção ameri-

---

12 Estudo empírico sobre a influência do relator nas decisões em ADI do STF constatou que, das 692 ADI's julgadas entre 1999 e 2006 que questionavam normas federais, apenas 06 divergiram do voto do relator. Portanto, o voto do relator foi seguido em 99% dos casos. Para Fabiana Luci (2012, p. 109-110), autora da pesquisa, uma hipótese para o sucesso do voto do relator na decisão final seria a barganha de bastidores entre os ministros antes de levar o processo ao plenário, prática condicionante da pauta da corte à confirmação de que o relator possui uma maioria. Contudo, mais recentemente, Silva (2015) tem argumentado que o voto do relator possui pouco, ou nenhum peso, no desenvolvimento do processo decisório do STF. Não pretendemos discordar do autor, mas uma das premissas de seu trabalho é a de que existem casos de grande e pouca repercussão julgados pelo tribunal, nas primeiras, o peso do voto do relator é pequeno, por outro lado, nos casos mais corriqueiros há uma maior tendência de o voto ser seguido.

13 Isso significa que dos três órgãos do STF, apenas as decisões do Presidente serão descartadas para os fins deste trabalho. Para melhor compreender a composição do Tribunal, conferir o art. 3o do Regimento Interno do STF, *in verbis*: “art. 3o São órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente”.

14 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

cana sobre direitos humanos”, “convenção americana de direitos humanos”<sup>15</sup> e “convenção adj americana”<sup>16</sup>.

Inicialmente, foram encontradas 117 ocorrências a partir dos termos inseridos no buscador, das quais foram eliminados os processos físicos sem versão digitalizada, aqueles em que houve erro de indexação e aqueles casos cujo processo foi apresentado mais de uma vez, restando 103 decisões que atendessem ao critério de unidade para serem analisadas<sup>17</sup>.

Para que seja possível ver um claro panorama do estado da arte da jurisprudência acerca da matéria no Brasil, o método aqui empregado exige que sejam atendidos os seguintes requisitos quando da análise dos casos: (i) se a decisão utiliza a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (ii) se os fundamentos que empregam a CADH constituem parte da *ratio decidendi* ou se é um *obiter dictum*; e (iii) qual dispositivo da CADH é utilizado.

Neste trabalho, entende-se que a CADH foi utilizada para compor a *ratio decidendi* quando ela integrar os fundamentos pelos quais a decisão foi tomada, de modo a compor a parte do acórdão que serviu de base para o controle da legislação infraconstitucional ou para interpretar a Constituição; em tempo, é aquilo que integra os fundamentos pelos quais a decisão foi tomada e é indispensável para o julgamento da ação. Nessa análise, não pretendemos avaliar qualitativamente a construção do argumento. Ou seja, se o tribunal citou corretamente a CADH, se sua decisão está, ou não, de acordo com linha jurisprudencial estabelecida pela Corte IDH etc.. Nosso objetivo é mais modesto: identificar a forma de recepção da CADH a partir dos efeitos estabelecidos pela suprallegalidade, para, em face disso, observar se há uma postura resistente, convergente ou engajada do tribunal.

---

15 O emprego equivocado da grafia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi proposital, pois, no curso da pesquisa, foi identificado que os Ministros, em seus votos, por diversas vezes, substituíam a preposição “sobre” pela preposição “de”, assim, em vias de encontrar o maior número possível de entradas, reproduzimos o equívoco para garantir maior variedade de acórdãos. Comentaremos mais sobre o ponto na última seção.

16 Os termos foram inseridos no espaço “pesquisa livre”, na página do STF na internet. O indicador “adj” permite, conforme descrito na própria página, a busca por palavras aproximadas, na mesma ordem posta na expressão de busca.

17 Em decorrência do tamanho e complexidade, a Ação Penal 470 não será objeto de análise deste trabalho, pois extrapolaria os fins aqui propostos, apesar de atender ao critério de unidade proposto. Ainda, deve-se esclarecer que dentro dessas 99 decisões, três delas foram julgadas em conjunto, resultando, portanto, em um único acórdão (a saber, ADC nº 29, ADC nº 30 e ADI nº 4.578).

Para o estudo da recepção da CADH por meio dos efeitos da supralegalidade, não nos bastaria apenas coletar todas e quaisquer ocasiões em que o STF ou um de seus ministros tenha mencionado aquele tratado. Um estudo sobre o impacto da internalização da norma internacional que pretende realizar-se por meio de decisões do STF<sup>18</sup> deve focar-se nas hipóteses em que, *prima facie*, a CADH possa ter influenciado o processo de tomada de decisões do tribunal, o que poderá ser feito pela delimitação da *ratio decidendi* de um acórdão.

Opondo-se à *ratio decidendi*, tem-se a parte dispensável do acórdão por não constituir as razões que levaram o colegiado a adotar aquela decisão e não outra distinta — a ela, nomearemos *obiter dictum*. Nesses casos encontrar-se-ão as decisões cujo uso da CADH não serviu de fundamento para o controle de constitucionalidade ou interpretação da constituição, por não fazer parte daquele grupo de argumentos que desempenham papel essencial para o deslinde do caso.

## 2. A recepção da CADH nos acórdãos do STF: Análise jurisprudencial (2009-2015)<sup>19</sup>

### 2.1. A CADH na Ratio decidendi do acórdão:

HC n<sup>o</sup> 96.059-6 (STF, 2009-d)<sup>20</sup>

O *habeas corpus* insurgiu-se contra decisão que autorizou o início do cumprimento da pena pelo condenado em segunda instância, porquanto não mais disponível recurso com efeito suspensivo. O voto do Min. Rel. Celso de Mello, unânime, seguiu a orientação fixada no julgamento do HC n<sup>o</sup> 84.078-7 (STF,

---

18 Para um estudo completo acerca do impacto e recepção da CADH no Estado brasileiro, outras metodologias deverão ser empregadas para analisar sua utilização pelo Legislativo e pelo Executivo .

19 As ações do controle de constitucionalidade julgadas em 2015 que fizeram menção à Convenção Americana sobre Direitos Humanos só tiveram seus acórdãos publicados em 2016. Razão pela qual a referência destas será datada neste ano.

20 No mesmo sentido: HC n<sup>o</sup> 104.866 (STF, 2013-e); HC n<sup>o</sup> 99.914 (STF, 2010-d); HC n<sup>o</sup> 102.368 (STF, 2010-m); HC n<sup>o</sup> 94.681 (STF, 2012-a); HC n<sup>o</sup> 112.071 (STF, 2013-j); RO em HC n<sup>o</sup> 108.508 (STF, 2013-f). Cumpre ressaltar que essa linha jurisprudencial foi descontinuada a partir do julgamento das ADC's 43 e 44.



2010-a), que entendeu pela impossibilidade do desdobramento de qualquer efeito de decisão condenatória em segundo grau – seja de cunho patrimonial, seja afeta às liberdades pessoais – em decorrência do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88), apesar de os recursos especial e extraordinário não possuírem efeito suspensivo. Ao tratar da possibilidade de convivência em um mesmo ordenamento jurídico das medidas cautelares restritivas de liberdade e o princípio da presunção de inocência, o Min. Celso de Mello indicou o art. 7.2 da CADH, juntamente com a CRFB/88, como dispositivos que resguardam e positivam o referido princípio.

*HC nº 93.503-6 (STF, 2009-j)*<sup>21-22-23</sup>

Tratava-se se *HC* impetrado contra decisão monocrática do STJ, que entendeu que a ausência do réu preso em audiência de instrução processual penal não conforma nulidade absoluta, mas relativa, cabendo ao réu a prova de eventual prejuízo à sua defesa. A 2ª Turma do STF concedeu a ordem por entender que, de fato, a ausência do réu em audiência por motivos de conveniência administrativa importa em nulidade absoluta. Assim, sob relatoria do Min. Celso de Mello, acordaram os ministros que decorre do *due process of law* o direito à

---

21 Em mesmo sentido: HC nº 111.728 (STF, 2013-h); AgR HC nº 111.567 (STF, 2014-h).

22 No julgamento do HC nº 93.881 (STF, 2010-f), houve uma mudança de orientação na 2ª Turma, pois a matéria já havia sido tratada no HC nº 93.503-6, de relatoria do Min. Celso de Mello, onde se entendeu que a ausência do réu preso em interrogatório de testemunhas é matéria de nulidade absoluta; na oportunidade, ficou vencida a Min. Ellen Gracie que defendeu a tese da nulidade relativa, cabendo ao paciente a prova de prejuízo a sua defesa. Ocorre que no julgamento do HC nº 93.881 o Min. Eros Grau mudou seu entendimento e decidiu pela denegação da ordem, sendo acompanhado pela Min. Ellen Gracie e restando vencido o Min. Celso de Mello - em ambas as sessões de julgamento, estavam ausentes os Ministro Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. O mesmo se deu no julgamento do HC nº 93.598 (STF, 2010-h).

23 No julgamento do HC nº 95.106 (STF, 2011-b), que tratava da mesma matéria e cuja relatoria coube ao Min. Gilmar Mendes, tornou-se a conceder a ordem. No caso, o relator entendia não se tratar de causa de nulidade absoluta, mas que, em razão do réu estar distante poucos metros de onde foi realizada a inquirição da testemunha, ele deveria ter sido intimado para comparecer pessoalmente à oitiva. Em voto-vista, o Min. Celso de Mello apresentou, novamente, sua tese de que a ausência do réu preso no interrogatório de testemunha constitui caso de nulidade absoluta e que isso viola diversos diplomas internacionais, como é o caso da CADH e do PIDCP. O Min. Gilmar Mendes, então, decidiu acompanhar o voto do Min. Celso de Mello, fazendo a ressalva de que isto não valeria para todos os casos – ele não especificou, contudo, para quais casos não valeria ou quais critérios se adotaria para saber caberia ou não a aplicação desse entendimento.

plenitude de defesa, que comporta tanto a defesa técnica, quanto à autodefesa. O relator destacou a normativa internacional, em níveis regional e global, que determinavam o direito do réu de estar presente nas audiências de instrução penal. Para tanto, indicou o art. 8.2, *d* e *f* da CADH e o art. 14.3, *d*, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, inobstante o tribunal não haver desenvolvido maior argumentação sobre eles.

### *RE nº 511.961 (STF, 2009-I)*

O recurso foi proposto em face de decisão do TRF da 3ª Região, que reformou sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, no bojo de ação civil pública que tinha como causa de pedir a não recepção do art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/69.

O dispositivo impugnado estabelecia a obrigatoriedade do diploma universitário de jornalismo para exercer a profissão de jornalista. A relatoria coube ao ministro Gilmar Mendes, o qual, no mérito, entendeu que a exigência de diploma afrontava o art. 5º, incisos IX e XIII, e o art. 220, *caput* e §1º da CRFB/88, porquanto obstaculizava o livre exercício do direito à liberdade de expressão.

Não obstante os fundamentos de natureza constitucional, o ministro ainda argumentou não ser possível restringir o direito à liberdade de expressão, em face da vedação expressamente estabelecida pela CADH, a qual restou pormenorizadamente detalhada no bojo da Opinião Consultiva nº 5 de 1985 da Corte IDH. A fim de justificar a afirmação, o ministro Gilmar Mendes transcreveu grande parte da opinião proferida pela Corte IDH. À Corte IDH e ao STF parece, conforme consta do voto do relator, que a busca, recebimento e difusão de informações por qualquer que seja o meio, confunde-se tanto com o direito dos indivíduos de expressarem-se, quanto com o direito de informação da coletividade, quanto com a própria profissão de jornalista.

Assim, apesar de a CADH autorizar o temperamento do direito à liberdade de expressão em face à proteção da ordem pública, nos termos do art. 13.2, “*b*”, da CADH, tal argumento não se pode prestar para justificar eventual controle estatal da profissão de jornalista por meio de colegiados, conselhos de classes ou registros obrigatórios em instituições públicas, como serve em relação à outras profissões, uma vez que o exercício daquele ofício é muito particular e diferenciado por ser sinônimo do direito à liberdade de expressão.

De outro lado, o argumento de que as exigências do bem comum – nos termos do art. 32.2 da CADH – serviriam para autorizar a possibilidade de compelir às pessoas que desejassem exercer a profissão de jornalista a prévia aquisição de título de ensino superior, é desbaratada pela Corte IDH que entende ser, inclusive, contraditória tal linha de raciocínio ao buscar em uma restrição à liberdade de expressão uma forma de garanti-la, o que o leva o Ministro a concluir pela não recepção do DL 972/1969.

### *ADPF nº 130 (STF, 2009-q)*

A ação foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista com o objetivo de declarar que alguns dispositivos da Lei de Imprensa (Lei Federal nº 5.250/1967) não foram recepcionados pela CRFB/88, e que outros carecem de interpretação compatível com esta, especialmente em face dos incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º, art. 220, e art. 223.

O Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, votou pela procedência da ação, declarando a não recepção total da lei, seu voto foi acompanhado pela maioria. O voto do Ministro Menezes Direito destacou o sistema de garantia dos chamados direitos da personalidade, que ganhou especial proteção da Constituição Federal de 1988, apresentando os dispositivos constitucionais sobre a matéria (artigo 5º, incisos V e X, expressamente) e a literalidade do artigo 19 da CADH. Em linhas gerais, discorreu sobre a importância dos direitos da personalidade e que estes deveriam dialogar com a liberdade de imprensa. A seu turno, o Ministro Celso de Mello, ao tratar da importância do direito de resposta, explicou seu caráter transindividual, defendendo a possibilidade da concretização do próprio direito à informação correta, precisa e exata por meio da aplicação do art. 5º, V da CRFB/88 em conjunto com o artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica. No mesmo sentido e sobre o mesmo tema, o Ministro Gilmar Mendes utilizou de forma idêntica aqueles dois dispositivos, acrescentando apenas a interpretação da OC nº 7/86 da Corte IDH, ressaltando a essencialidade do direito de resposta como manutenção de garantia ao direito de personalidade, e que este deve ser aplicado independentemente de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno ou doméstico dos países signatários da CADH.

*ADPF nº 101 (STF, 2009-r).*

Proposta pelo Presidente da República, a presente ADPF foi motivada pelas decisões judiciais proferidas em contrariedade com Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente e Decretos Federais que, expressamente, vedavam a importação de bens de consumo usados. Tais decisões judiciais liberaram a importação de pneus usados, violando os preceitos fundamentais do direito à saúde (art. 196 da CRFB/88), ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CRFB/88), e à busca de desenvolvimento econômico sustentável.

A Ministra Relatora, Cármen Lúcia, encaminhou seu voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação, sendo acompanhada pela maioria dos ministros do STF, constatando a violação aos três preceitos constitucionais fundamentais acima elencados.

Nesse julgamento, o Protocolo de San Salvador, adicional a CADH em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, foi citado no voto da relatora (ainda que indiretamente) por meio da obra de Paulo Affonso Leme Machado, o qual fez comentários ao art. 11. Entende-se, pelo contexto do voto, que tal menção foi realizada pela Relatora a fim de demonstrar que, além do dispositivo constitucional que prevê o direito ao meio ambiente sadio (art. 225 da CRFB/88), norma sobre direitos humanos integrante de nosso ordenamento jurídico dispunha sobre a proteção de mesmo direito.

*HC nº 89.518 (STF, 2010-g)*

O *writ* procurou combater decisão do STJ que denegou pedido para que não fosse recebida denúncia do MPF contra o paciente, pois, supostamente, inepta, uma vez que não descrevia de forma suficientemente clara e pormenorizada os delitos e os fatos imputados ao acusado.

Nos termos do voto do relator, Min. Cezar Peluso, a Segunda Turma do STF, à unanimidade, entendeu não assistir razão ao paciente. O relator argumentou que a CRFB/88, em seu art. 5º, LV, assegurou o direito ao contraditório e à ampla defesa aos acusados em geral, com os meios e recursos a ela inerentes e, dentre tais recursos, indicou encontrar-se o direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação a ele imputada, conforme determinado pela CADH em seu art. 8.2, *b* e pelo PIDCP, em seu art. 14.3, *a*. Não obstante, a denúncia

apresentada pelo *parquet* atendia a todos os pressupostos que asseguram tais direitos, o que levou ao indeferimento da ordem.

*Ext. nº 1.085 (STF, 2010-p)*<sup>24</sup>.

O Estado brasileiro, por meio de ato do Ministro da Justiça, concedeu o *status* de refugiado ao nacional italiano Cesare Battisti, condenado à prisão perpétua por diversos crimes em seu país de origem, dentre os quais, alguns considerados hediondos no Brasil, o que foi questionado por meio do Pedido de Extradicação nº 1.085, formulado pela República Italiana junto ao STF.

Foi localizado o emprego da CADH em apenas uma oportunidade no caso, realizado pelo Min. Cezar Peluso, relator, na qual ele transcreve, literalmente, o item 8 do art. 22, para demonstrar não haver violação à Convenção a extradição do Sr. Battisti, uma vez que ele não corre risco de ser perseguido ou discriminado em razão de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou suas opiniões políticas.

*ADPF nº 153 (STF, 2010-q)*

A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por finalidade a não recepção pela Constituição da “Lei de Anistia” (Lei nº 6.683/79) requerendo uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar que a anistia concedida não se estendesse aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão e contra opositores políticos, durante o regime militar.

O Ministro Relator Eros Grau julgou improcedente a ação, sendo acompanhado pela maioria dos ministros do STF, prevalecendo assim, o entendimento segundo o qual a Lei de Anistia seria válida, por apresentar-se como instrumento de transição do regime ditatorial para o democrático. Celso de Mello em seu respectivo voto, que foi elaborado nos mesmos termos do voto do Relator, no ponto que discorre sobre a necessidade de prevenir e reprimir os atos característicos da tortura pelo Brasil, descreveu a subscrição de importantes documentos internacionais como: a Convenção Contra a Tortura e Outros

---

24 E ainda Petição Avulsa na Extradicação nº 1.085 (STF, 2013-o).

Tratados ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1995; e o Pacto de São José da Costa Rica de 1969.

O Ministro ainda apresentou precedentes da Corte IDH, que, supostamente, em diversos casos proclamou a absoluta incompatibilidade com os princípios consagrados na CADH e das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, denominadas leis de autoanistia. Nesse sentido, colacionou os casos do Peru: *Barrios Altos de 2001*, e *Loyaza Tamayo de 1998*; e Chile: *Almonacid Arellano e outros, de 2006*. Concluindo a discussão sobre este ponto, Celso de Mello ressaltou que a Lei de Anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não poderia ser qualificada como lei de autoanistia.

Por fim, o Ministro argumentou que, considerando o princípio constitucional da reserva absoluta da lei em sentido formal, disposto no art. 5º, XXXIX da CRFB/88 e no artigo 9 da CADH, a matéria da prescrição de crimes estaria submetida ao âmbito das normas de direito material de natureza penal, regendo-se, em consequência, pela reserva do parlamento e não por tratados internacionais<sup>25</sup>.

### *ADPF nº 187 (STF, 2011-h)*

A presente ação fora proposta pelo Procurador Geral da República com a pretensão de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 287 do Código Penal (apologia ao crime), de modo a rejeitar qualquer exegese que possibilitasse justificar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância específica entorpecente, principalmente por meio de manifestações e eventos públicos. A Procuradoria Geral da República considerou que tal interpretação conferida ao art. 287 do CPB geraria indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CRFB/88) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CRFB/88).

Nesse mesmo sentido fundamentou-se o voto do Ministro Relator, Celso de Mello. É ressaltado pelo relator que o direito à livre expressão do pensa-

---

25 O leitor pode perguntar-se como o referido caso enquadrar-se-ia na figura de *ratio decidendi*, tendo em vista que a interpretação feita por Celso de Mello contraria jurisprudência da Corte IDH, que não estabelece diferenças de natureza entre leis de anistia, nem mesmo entre aquelas criadas pós-ditadura (*Gelman v. Uruguai*). No entanto, o trabalho não pretende identificar se o STF utiliza corretamente a CADH ou se há um possível diálogo entre as jurisdições, mas conferir o grau de recepção daquele tratado.

mento não se reveste de caráter absoluto, podendo sofrer limitações de caráter jurídico e de natureza ética, razão pela qual a incitação ao ódio público, contra qualquer pessoa, povo ou grupo social, não está protegida pela Constituição, e nem por norma convencional, uma vez que o artigo 13, § 5º da CADH exclui do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (STF, 2011-h, p. 109), dispositivo citado a fim de complementar a garantia constitucional. Assenta-se, então, que, não se enquadrando naquelas hipóteses, não se pode considerar como ilícito penal uma reunião pública, pacífica e sem armas, devidamente comunicada às autoridades competentes, simplesmente pelo fato de estar voltada à defesa da legalização das drogas (ou da maconha).

Assim, pelas razões acima expostas, acompanhadas unanimemente pelos demais ministros, a ADPF nº 187 foi julgada procedente pelo Relator, que conforme exposto, utilizou a CADH em dois momentos: no primeiro, para reiterar o conteúdo já disposto na Constituição brasileira; e no segundo momento, para complementar a Constituição, tendo em vista que esta não traz, expressamente, as hipóteses nas quais é afastada a garantia à liberdade de expressão, mas, tão-somente, as contempla em decorrência de seus princípios norteadores.

### *HC nº 97.665 (STF, 2011-c)*

O paciente impetrou HC para reduzir a penalidade a ele imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, alegando que a dosimetria da pena utilizada pelo tribunal de justiça local carecia de fundamentação. A ação foi conhecida e, no mérito, julgado procedente à unanimidade, nos termos do voto do relator, Min. Celso de Mello.

Após realizar um apanhado histórico da construção jurídica do princípio da presunção de inocência, o relator asseverou que o art. 5º, LVII, da CRFB/88 assegurava o direito a que aos acusados se presumam inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Acrescentou que a comunidade internacional já assentou sua especial preocupação com a proteção do princípio da presunção de inocência, como fica evidente a partir do conteúdo de diversos tratados internacionais, como a CADH, Convenção Europeia para a Salva-

guarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, etc.

Após essa menção à CADH feita em meio a outros documentos internacionais que não vinculam o Brasil, o Min. Celso de Mello, transcrevendo excerto do livro “Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, de Valério de Oliveria Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes, levantou o conceito do princípio da presunção de inocência e os seus desdobramentos para a CADH: de um lado enseja uma regra de tratamento e, de outro, uma regra probatória. Ainda, trouxe precedente da Corte IDH no “Caso Cantoral Benavides”, que discrimina como contrário à presunção de inocência a exposição de uma pessoa acusada aos meios de comunicação em trajes infames.

### *RE nº 363.889 (STF, 2011-g)*

O Recurso Extraordinário insurge-se contra decisão do STJ que julgou extinta ação de investigação de paternidade, sob o fundamento de coisa julgada material, uma vez que o autor já havia proposto ação semelhante tempos antes, a qual restou julgada improcedente, pois ele não possuía condições de custear a realização da prova documental – exame de DNA.

Ocorre que o Distrito Federal, então local de residência do autor, passou a oferecer a realização de exames de DNA de forma gratuita para as pessoas que desejassem ver reconhecida a sua origem, filiação e paternidade, o que o instigou a propor nova ação de investigação de paternidade, a qual restou deferida pelo juízo de primeiro grau, porém extinto o processo pela existência da coisa julgada tanto na segunda instância, quanto por decisão do STJ.

A relatoria do caso coube ao Min. Dias Toffoli, que julgou pela procedência da ação. Para os fins deste trabalho, contudo, merece destaque o voto do Min. Luiz Fux. Fux, acompanhando o relator, argumentou com base na Constituição e com a CADH, a qual prevê expressamente o direito de toda pessoa a um prenome e ao nome de seus pais, quando trata da proteção à criança e à família nos artigos 17 a 19, os quais foram transcritos, literalmente, pelo ministro. Desse direito, segundo o Min. Fux, deve-se extrair outro: o direito fundamental à filiação. Assim, ao utilizar a CADH para afirmar o direito ao conhecimento e reconhecimento de sua filiação, inclusive para interpretar a regra constitucional da coisa julgada como não obstaculizadora desse direito, o Ministro empregou



os dispositivos nela contidos para interpretar a Constituição brasileira e os seus institutos, de forma a fazer prevalecer esse direito que, segundo os ministros, encontra-se na própria CADH.

### *RO no HC nº 111.025 (STF, 2012-j)*

O recurso ordinário em HC se prestou a requerer que fosse determinada a competência para julgar caso de homicídio de um bombeiro militar por um policial militar à corte castrense e não ao tribunal do júri, como decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e pelo Superior Tribunal de Justiça.

O relator, Min. Gilmar Mendes, fez um apanhado sobre a importância de não se estabelecerem tribunais *ad hoc* ou tribunais de exceção, e que qualquer um deve ser julgado e processado por um juiz imparcial, o que é assegurado pelo juízo natural, transcrevendo a literalidade do art. 8.1 da CADH. Nesse sentido, decide por denegar o recurso, uma vez que as regras estabelecidas no direito brasileiro determinam a competência do tribunal do júri para julgar o feito.

### *HC nº 107.701 (STF, 2012-d)*

A ação de *habeas corpus* é movida contra decisões de diversas instâncias judiciais, as quais denegaram pedido do preso de receber visita de sua companheira, dos seus filhos e enteados sem qualquer fundamento exposto.

O relator, Min. Gilmar Mendes, acompanhado à unanimidade pelos membros da Segunda Turma do STF, entendeu cabível a ação, porquanto a proibição ao direito de visita implica em restrição, todavia mais ampla, da já tolhida liberdade do paciente. Ainda conforme o Ministro relator, essa vedação viria a ferir o direito à integridade física e psíquica do paciente (art. 5.1, CADH) e violaria o dever de assegurar, a toda pessoa privada de liberdade, o respeito de tratamento e a dignidade que são devidos a todos os seres humanos (art. 5.2, CADH). Assim, o relator transcreveu, literalmente, a CADH para afirmar que a restrição imposta no caso concreto violava a Convenção, assim como a Constituição, a legislação infraconstitucional e mesmo “As Regras Mínimas do Tratamento de Prisioneiros das Nações Unidas”.

### *HC nº 101.909 (STF, 2012-e)*

O *Habeas Corpus* foi impetrado para assegurar que a confissão elucidativa do crime funcione como causa especial de redução de pena em relação às outras causas de redução ínsitas ao artigo 69 do Código Penal.

O Min. Ayres Britto, relator, aduziu que sobre os indivíduos acusados em processo penal, recai a presunção de não-culpabilidade, nos termos do art. 5º, LXIII, da CRFB/88, o que vem a ser reafirmado pelo PIDCP e pela CADH, em seu art. 8.2, g. Após transcrever o dispositivo convencional, o Ministro passou a argumentar que o direito de não se autoincriminar, conforme preconizado na CADH, conforma o próprio princípio do devido processo legal e o direito à não-culpabilidade, ambos inscritos na CRFB/88.

Sendo assim, uma vez que o direito a não autoincriminação dá forma ao direito constitucional da presunção de não-culpabilidade, apresentando-se como uma liberalidade do acusado para ajudar a solucionar mais agilmente o crime, devendo ser considerado um traço distintivo da personalidade do indivíduo, que deve ser reconhecido como preponderante na dosimetria da pena.

### *HC nº 100.459 (STF, 2012-d)*

O paciente deste *HC* é sócio de empresa que firmou contrato com a vítima para que fossem realizados serviços de assessoria, consultoria e planejamento no desenvolvimento de programas, sistemas e projetos de comunicação. Para tanto, o contrato dispôs que o contratante disponibilizaria instrumentos e local para que o contratado exercesse suas atividades; dentre estes instrumentos, estava o *laptop* que deu azo a persecução criminal que ensejou este *HC*.

O paciente, desejando retomar o *laptop* em poder do contratado, deu ordem a dois corréus para que tomassem de volta o equipamento, sem possibilitar que a vítima retirasse seus dados pessoais e sem o amparo de decisão judicial, que só viria quatro dias depois do ocorrido, infringindo o artigo 346 do Código Penal.

Assim, o autor “sustenta a inconstitucionalidade da parte final do artigo 346, por estabelecer indevida hipótese de prisão civil por dívida” (STF, 2012-d, p. 3), o que violaria o art. 7.7, da CADH, atinente à liberdade pessoal. No entanto, o relator, Min. Gilmar Mendes, decidiu, e foi referendado à unanimidade pelos Ministros da Segunda Turma do STF, em denegar o pedido do autor, pois entendeu que o bem juridicamente tutelado pelo art. 345 do CPB e 346 do

CPPB é a administração da justiça e não a proteção do patrimônio, realizando juízo de compatibilização das normas criminais com o 7.7 da CADH.

### *ADPF nº 54 (STF, 2012-I)*

Trata-se de arguição proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, por violação à Constituição Federal dos preceitos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), princípio da legalidade (art.5º, II), liberdade, autonomia da vontade, e direito à saúde (art. 6º, *caput*, e art. 196), por ato do Poder Público, causador da violação, os artigos 124, 126, *caput* e 128, incisos I e II, do Código Penal. A ação foi proposta sob a alegação de que vários juízes e tribunais vinham, com base no CP, determinando a proibição da interrupção voluntária da gravidez, antecipação terapêutica do parto, nos casos de fetos anencefálicos.

O Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, defendeu que, no caso do feto anencefalo, não há nem a expectativa, nem a possibilidade de haver um indivíduo-pessoa, razão pela qual os direitos do feto não precisam nem ser ponderados com os da mulher. Assim, entende que a liberdade sexual e reprodutiva, e o direito à saúde da mulher em interromper antecipadamente sua gravidez, na hipótese de anencefalia fetal, são os que devem preponderar. Nesse sentido, acompanhado por maioria dos ministros do STF, foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do CPB.

Posto isso, neste julgamento, é importante destacar os votos da Ministra Cármen Lúcia e Ministro Celso de Mello, em virtude de terem feito referência a CADH. Nos votos de ambos os Ministros, ao tratar do direito à vida, após apresentar o dispositivo constitucional correspondente (art. 5º, *caput*), estes reiteraram a proteção conferida citando o artigo 4.1 da CADH. É curioso salientar que o ministro Celso de Mello, em seu voto, faz menção à Resolução nº 23/81 da CIDH, que apreciou o Caso nº 2141 - conhecido por “Baby Boy”, para enfatizar que o direito ao aborto não viola o art. 4.1 da CADH, pois, segundo a CIDH, não foi acolhido nem estabelecido um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção na Convenção Americana, deixando margem para que os Estados signatários optassem para sua contemplação ou não em seus ordenamentos domésticos.

A seu turno, a Ministra Cármen Lúcia em seu voto citou a CADH, assim como outros tratados internacionais de direitos humanos, como fundamento ao direito de assistência à saúde da mulher. Esses tratados impõem ao Estado brasileiro que, além de assegurar tal direito, deve prestar assistência a todos aqueles submetidos a tortura ou intensos sofrimentos físicos e/ou mentais – de acordo com a ministra, é ao que se submete uma mulher que é obrigada a manter gravidez na qual o feto não tem expectativa de vida extrauterina.

Portanto, se pode auferir que os ministros que citam a CADH o fazem para ratificar a Constituição em relação ao direito à vida. Todavia, especial se faz a análise do voto da Ministra Cármen Lúcia, o qual faz uso da Convenção Americana para conferir, de forma mais ampla, interpretação ao direito à saúde da mulher.

### *HC nº 111.801 (STF, 2013-i)*

O acórdão trata do excesso de prazo na prisão cautelar (preventiva), nos mesmos termos do HC nº 95.464-2 (STF, 2009-a), porém passa a utilizar a CADH como fundamento da decisão e não a meramente empregá-la como um *obiter dictum*, pois o Min. Teori Zavascki, relator, aduz que a decisão judicial que impõe a prisão cautelar ao indivíduo acusado em processo penal possui como pressuposto implícito que o processo tomará seu curso normal e em prazo de razoável duração, o que constituiria, inclusive, um direito fundamental dos litigantes, nos termos do art. 7 da CADH.

### *HC nº 105.256 (STF, 2013-l)*

Cuida o HC de pedido para declarar a nulidade de processo no qual o paciente, civil, foi denunciado pelo Ministério Público Militar e condenado pela Justiça castrense pelo crime de falsidade ideológica. Em síntese, o autor alega que a Justiça Militar não é competente para julgar civis, mormente naqueles casos que não se encontrem sob sua expressa competência, nos termos do art. 9º do Código Penal Militar.

O relator, Min. Celso de Mello, entendeu assistir razão ao paciente e votou pela concessão da ordem, sendo acompanhado, à unanimidade, pelos demais Ministros da 2ª Turma. Na oportunidade, o Min. Celso de Mello

alegou que o crime praticado pelo civil não se caracteriza como crime de natureza militar, e a atuação da Justiça Militar quando extrapola a competência a ela deferida fere o princípio do juiz natural. O relator fez referência ao julgamento do “Caso Palamara Iribane vs. Chile”, no qual a Corte IDH determinou ao Chile que adequasse a sua legislação para que limitasse a atuação da sua Justiça Militar aos delitos funcionais de militares em serviço ativo, se entendesse importante manter a própria existência dessas cortes, e que impedisse que, em qualquer circunstância, os tribunais militares tivessem competência sobre civis.

Ocorre que, ao fim de seu voto, o Min. Celso de Mello asseverou acompanhar a jurisprudência firme do STF no sentido de que a jurisdição penal castrense sobre civis seria possível caso se estivesse diante de uma das hipóteses taxativas do art. 9º do CPM. Assim, uma vez que a decisão da Corte IDH é expressamente contrária a qualquer possibilidade de submissão de civil a tribunal militar, ela se coloca em situação oposta ao decidido pelo STF, que, nos termos do voto do Min. Celso de Mello, a admite em específicas circunstâncias.

### *HC nº 115.963 (STF, 2014-a)*<sup>26</sup>

No HC nº 115.963 a 2ª Turma do STF teve nova oportunidade para se debruçar sobre a questão de se e quando a demora na conclusão de instrução criminal, com o julgamento do feito, é circunstância apta a ensejar o constrangimento ilegal da prisão cautelar decretada em seu bojo, tal como já havia feito no julgamento do HC nº 95.464-2 (STF, 2009-a).

Após analisar as circunstâncias fáticas do caso, o Ministro relator concluiu que a situação do paciente se encontrava dentre aquelas que poderiam ensejar a ilegalidade de sua prisão cautelar, diante do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, XXXIII, CRFB/88), o que, segundo o Min. Zavascki, é um direito fundamental dos litigantes, conforme o art. 7 da CADH. Os demais votos dos Ministros acompanharam integralmente o relator, sendo que no voto do Min. Celso de Mello, o art. 7, itens 5 e 6, da CADH, é novamente indicado.

---

<sup>26</sup> Em mesmo sentido: HC nº 108.929 (STF, 2014-d).

### HC nº 112.776 (STF, 2014-c)

Em síntese, a controvérsia residia em identificar se argumentos acerca da natureza e da quantidade de droga apreendida com uma pessoa poderiam ser empregados, de forma cumulativa, em duas das três etapas de cálculo da dosimetria da pena sem, com isso, afrontar o princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*.

O acórdão foi decidido com base nos fundamentos do voto do relator, seguido pela maioria dos Ministros do STF, para declarar inconstitucional o dispositivo normativo da Lei de Crimes Hediondos (§1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990). O Min. Teori Zavascki aduziu que a Constituição vedava o *bis in idem* e que a CADH o acolheu em seu corpo (art. 8.4), no específico contexto de proibir que os acusados sentenciados inocentes sejam submetidos a nova *persecutio criminis* pelos mesmos fatos que ensejaram a sua denúncia e posterior absolvição. No entanto, a partir de uma visão mais ampliada do princípio, é possível utilizá-lo para assegurar o dever de individualização da pena para impedir a punição em duplicidade de um mesmo fato num único processo. Assim, empregou a CADH juntamente com a CRFB/88 para demonstrar que o princípio garantista encontra acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que deva ter seu sentido ampliado para a sua melhor compreensão.

### ED Inq. nº 3.412 (STF, 2014-f)<sup>27</sup>

Os embargos de declaração foram opostos à decisão do Plenário do STF que autorizou abertura de inquérito contra deputado federal, e pessoas a ele conexas, acusado de submeter trabalhadores à condição análoga a de escravo. Dentre os argumentos levantados, a defesa dos acusados arguiu que o Supremo Tribunal Federal violou o princípio do juiz natural ao arrogar para si competência para julgar pessoa sem prerrogativa de foro.

A Min. Rosa Weber, relatora do caso, cujo voto foi acompanhado pela maioria, entendeu não assistir razão aos embargantes, pois, os artigos 76, 78 e 79, do Código de Processo Penal, constituíam permissivo legal à prorrogação da competência, inclusive do STF, por conexão ou continência. Segunda a Ministra, estes dispositivos não afrontavam a Constituição e tampouco eram violadores

---

27 Em mesmo sentido: AP nº 530 (STF, 2014-g).

da Convenção Americana (art. 8.2, *h*, da CADH), que prevê o direito a recorrer da sentença para juiz ou tribunal de instância superior.

A Ministra levantou diversos precedentes nos quais essa mesma questão foi enfrentada, como o AI nº 601.832 (STF, 2009-h), e outras decisões tomadas antes da elevação à *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, algumas das quais, inclusive, fazem referência a necessidade de deferência da CADH em relação à CRFB/88.

### *ED no ARE nº 891.647 (STF, 2015-l)*

Cuida-se do julgamento de embargos de declaração, recebidos como agravo, contra decisão monocrática que negou seguimento a RE do embargante, por manifesta inadmissibilidade, uma vez que revolvía matéria fático-probatória (Súmula nº 279). Na oportunidade, o embargante alegou que a decisão que o condenou pelo delito de injúria com, inclusive, sanção pecuniária em decorrência de suposto abuso do direito à liberdade de expressão constituiria violação desse mesmo direito e censura, absolutamente proibida no Brasil, conforme determinado na ADPF nº 130.

Para o Min. Celso de Mello, relator, não se trata de censura ou mesmo de hipótese punitiva desautorizada pela Constituição ou pela CADH, uma vez que ambos possuem dispositivos que, ao mesmo tempo em que proíbem a censura prévia do conteúdo a ser veiculado, preveem a possibilidade de sancionar aqueles que utilizem a liberdade de expressão para desrespeitar os direitos e a reputação das demais pessoas, conforme consta do art. 13, 2, a, da CADH. Inclusive, neste ponto, o relator apresenta a doutrina de Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes a respeito do dispositivo convencional acima indicado.

### *Medida Cautelar da ADPF nº 378 (STF, 2016-a)*

A arguição tinha por objeto analisar a compatibilidade do rito do processo de impeachment de Presidente da República, previsto na Lei nº 1.079/1950, com a Constituição de 1988. A ação foi julgada parcialmente procedente, sendo convertida a decisão da cautelar em mérito, na qual foi decidido, em síntese:

- A) *Por unanimidade*: que não há direito à defesa prévia ao ato do Presidente da Câmara; que reconheceu a proporcionalidade na formação da

comissão especial que pode ser aferida em relação aos partidos e blocos partidários; que é possível a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado ao processo de impeachment, desde que compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes; que o interrogatório deve ser o ato final da instrução probatória; pela impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do CPP relativamente ao Presidente da Câmara dos Deputados e, por fim, que os senadores não precisam se apartar da função acusatória durante o processo;

B) *Por maioria* (vencidos Edson Fachin, Dias Toffoli e Gilmar Mendes): foram declarados recepcionados pela CF/88 os artigos 19, 20 e 21 da Lei nº 1.079/1950, interpretados conforme a Constituição, para que se entenda que as “diligências” e atividades ali previstas não se destinam a provar a improcedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia; e não recepcionados pela CF/88 o artigo 22, caput, 2ª parte [que se inicia com a expressão “No caso contrário...”], e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 1.079/1950; que é constitucionalmente legítima a aplicação analógica dos artigos referente ao rito do processo de impeachment contra Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República da Lei nº 1.079/1950, ao processamento no Senado Federal de crime de responsabilidade contra Presidente da República; e por fim, que o recebimento da denúncia no processo de impeachment ocorre apenas após a decisão do Plenário do Senado Federal.

C) *Por maioria* (vencidos Edson Fachin, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) que a votação nominal para o recebimento do processo de denúncia deverá ser tomada por maioria simples e presente a maioria absoluta de seus membros.

Posto isso, interessante aos objetivos da pesquisa, referência CADH foi feita nos votos dos Ministros Relator Edson Fachin e Ricardo Lewandowski.

No voto do Ministro Relator, Edson Fachin, foi aberto tópico específico para discutir a “Filtragem constitucional da Lei 1.079/50 à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)” (STF, 2016-a, p. 63). O ministro iniciou esclarecendo que não caberia ao STF editar normatização sobre a ma-



téria, mas sim realizar o controle necessário e exame da Lei 1.079/50 à luz de princípios e regras constitucionais hoje vigentes. Afirmou que o fundamento de validade do ordenamento jurídico como um todo está na Carta Magna, porém, destaca que tal filtragem constitucional exige o exame de sua compatibilidade com o Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse sentido, trouxe a integridade do artigo 8 da CADH, que trata de garantias judiciais, e em seguida o entendimento firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto nos casos: *Tribunal Constitucional vs. Perú*, no qual se concluiu que apesar do procedimento de impeachment não ser judicial, também a ele deveriam se aplicar as garantias do art. 8º para que também ele fosse o resultado de um justo e devido processo legal; e *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*, no qual foi decidido que as garantias do art. 8 da CADH deveriam ser respeitados em processos administrativos também. Assim, concluiu entendendo que, seguindo o disposto no art. 8º da CADH, o impeachment de Presidente da República deve respeitar todas as garantias judiciais previstas na CADH e na Constituição Federal.

O Ministro Ricardo Lewandowski, indeferiu o pedido para que o recebimento da denúncia fosse precedido de audiência prévia do acusado com base em dois pontos: o primeiro, a partir de precedentes do STF que já recepcionaram a Lei 1.079/1950 quanto ao ponto discutido, apresentando os julgados dos MS nº 21.564/DF e MS 21.689/DF; o segundo, pela não ofensa à CADH, pois afirmou que o direito de defesa é garantido ao acusado junto à Comissão Especial instituída para examinar o recebimento da denúncia na Câmara dos Deputados, como disposto no art. 22 da Lei 1.079/1950. Apesar de o Ministro citar o diploma internacional como um dos requisitos que motivaram sua decisão, este não desenvolveu nenhuma interpretação e nem apresentou algum artigo específico. Ademais, finalizou seu raciocínio justificando a conclusão de indeferir a liminar com um dispositivo de lei doméstica.

### *Medida Cautelar em ADPF nº 347 (STF, 2016-b)*

A ação trata, em linhas gerais, da sistemática violação de direitos fundamentais da população carcerária brasileira, uma vez que há superlotação e condições degradantes do sistema prisional, o que configuraria um cenário fático incompatível com a Constituição Federal (Estado de Coisas Inconstitucional),

ofendendo diversos preceitos fundamentais, tais como: a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Os requerentes sustentaram que o quadro era resultado de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. No tocante à pesquisa, nos importa a postulação do deferimento da cautelar que consistia que fosse determinado que: aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (*sic*), realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. (STF, 2016-c, p. 14).

O Tribunal, ao apreciar o pedido, nos termos do voto do Ministro Relator Marco Aurélio, deferiu esta cautelar. Nesse sentido, o Relator concluiu que no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. Que nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais nucleares de direitos fundamentais são violados (art. 1º, inciso III; art. 5º, incisos III, XLVII, alínea “e”, XLVIII, XLIX, LXXIV; art. 6º), assim como normas internacionais, por exemplo: o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e o Pacto de San José da Costa Rica. Apresentando, também legislação interna como ponto de violação, a lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). O ministro não se referiu a nenhum dispositivo em específico da Convenção, assim como não desenvolveu uma interpretação sobre esta<sup>28</sup>.

### *ADI nº 5.240 (STF, 2016-c)*

A ação, com pedido cautelar, arguiu a inconstitucionalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as

---

28 O segundo voto que fez a referência a CADH foi do Ministro Roberto Barroso que se referiu à Convenção como ponto ultrapassado, uma vez que já é direito interno no Brasil por força de Decreto que a internalizou. Então, apenas se atém a discutir que não se deve considerar o prazo de 24h

audiências de custódia no âmbito daquele tribunal. A Corte, por maioria e nos termos do voto do Relator Luiz Fux, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido.

O voto do Relator Ministro Luiz Fux contemplou um tópico específico a questão do uso da CADH na ação intitulada “O rito procedimental do habeas corpus segundo a Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos (sic) e o Código de Processo Penal” (STF, 2016-d, p. 25).

De plano, o Ministro apresentou a literalidade do artigo 7º, item 5, da CADH, para afirmar que, por possuir caráter supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Ou seja, defende que seria imperioso passar em revista a legislação ordinária à luz do seu conteúdo normativo (STF, 2016-d, p. 28). Nesse sentido, o Relator decidiu pela improcedência da ação por entender que o ato normativo contestado não se trataria de regulamento autônomo, nem de norma processual penal, mas apenas de regulação de direitos fundamentais previstos pelos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos LIV, LV e LVII da CRFB/88, e artigo 7.5 da Cº, item 5, da CADH. Logo, o Provimento Conjunto 03/2015 do TJ/SP não teria alterado o conteúdo das normas que lhe servem de fundamento de validade, tão somente estipulando orientações aos Magistrados para o seu efetivo cumprimento.

O segundo voto que citou a CADH foi o Min. Edson Fachin que acompanhou o relator, afirmando que “Se esse é um direito do preso, que decorre da Convenção Americana dos Direitos Humanos - e é isso que estamos dizendo -, é importante que a implementação desse direito se faça imediatamente” (STF, 2016-d, p. 60).

### *ADI 4.815 (STF, 2016-d)*

A ação teve por objeto a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do CC/02 por violarem as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IV e IX da CRFB/88), e cidadania à informação (art. 5º, XIV da CRFB/88).

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a

---

determinado por este dispositivo, e sim o que delega a regulamentação do CNJ sobre o tema, sendo voto vencido no julgamento, razão pela qual é considerado *obiter dicta*

Constituição daqueles artigos para declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

A Ministra Relatora citou a CADH em seu voto no tópico referente ao direito da liberdade de expressão, principal conteúdo da ação. Na primeira oportunidade, classificamos como um *obiter dicta*, uma vez que, após fazer histórico desse direito nas Constituições brasileiras, ela passou a analisá-lo em diplomas internacionais, momento em que trouxe a literalidade do art. 13 da CADH de forma genérica. Entretanto, no mesmo contexto de tratados internacionais que sequer foram ratificados pelo Brasil, como, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

A segunda oportunidade, ainda no mesmo tópico, o mesmo artigo da CADH foi apresentado como dispositivo que proíbe a censura, argumento que se desenvolveu em conjunto com o art. 220 da Constituição Federal, que é taxativa a proibição de qualquer censura, valendo a vedação ao Estado e a particulares. É interessante destacar que, prosseguindo nessa vertente, a Ministra Cármen Lúcia trouxe um estudo especial sobre o direito de acesso à informação, realizado pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH. O estudo, em linhas gerais, discorre sobre a importância de manter a liberdade de expressão, fomentar o acesso livre a informação, e vedar a censura prévia.

Todavia, este reconhece a possibilidade de limitações ao exercício do direito de liberdade de expressão e de acesso à informação pautadas na proteção dos direitos ou da reputação de outras pessoas, da segurança nacional, da ordem pública e da saúde e da moral públicas. Assim como, trouxe para exemplo de interpretação e aplicação desses entendimentos o julgamento do caso *Olmedo Bustos e outros versus Chile* da Corte IDH.

## **2.2. A CADH como *Obiter dictum* do acórdão**

No HC nº 95.944 (STF, 2013-b)<sup>29</sup>, proposto pois o paciente estava sofrendo demora injustificada no seu processo, configurando excesso de prazo, inadmissível em decorrência do art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88, o Min. Celso

---

<sup>29</sup> Em mesmo sentido: HC nº 103.152 (STF, 2010-n); HC nº 103.793 (STF, 2010-o); HC nº 99.289 (STF, 2011-d); AgR no HC nº 116.241 (STF, 2013-a); HC nº 98.241 (STF, 2013-c); HC nº 111.173 (STF, 2013-g).

de Mello, relator, utilizou a CADH juntamente com diversos outros tratados internacionais aos quais o Brasil não se obrigou a cumprir, como a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e dos Direitos Fundamentais, para afirmar que são diplomas que resguardam o direito ao processo sem dilações indevidas.

Ocorre que, uma vez que a CADH é colocada ao lado de outros instrumentos de direito internacional que não são nem ao menos vinculantes para o Brasil, dificilmente seria possível classificar o seu emprego como compondo a *ratio decidendi*<sup>30</sup>.

Situação semelhante ocorreu no HC nº 84.078-7 (STF, 2010-a), que foi impetrado com escopo de questionar os fundamentos que levaram à decretação da prisão cautelar do réu pelo juízo de primeira instância. O Ministro Relator Eros Grau aduziu que a jurisprudência do STF, que autorizava a execução da sentença quando pendentes apenas os recursos especial e extraordinário, deveria ser revista para não mais permitir o cumprimento antecipado da decisão. Decidindo que antes do trânsito em julgado da condenação, somente pode ser decretada a prisão à título cautelar, ou seja, em caso de prisão em flagrante, de prisão temporária ou de prisão preventiva.

Em voto que acompanhou o relator, contudo, o Min. Celso de Mello tornou a indicar a CADH, mas apenas *en passant* e colocando-a em pé de igualdade a documentos com os quais o Brasil nunca ratificou, como a Carta Africana de Direitos Humanos e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos. Nesse sentido e uma vez que a *ratio decidendi* foi no sentido de acompanhar o relator para conceder a ordem ao impetrante, os votos que a constituem não utilizaram a CADH e, os votos que a utilizaram foram dissidentes, e o fizeram apenas como *obiter dictum*<sup>31</sup>.

Os votos dissidentes, no caso, foram os seguintes: A) Menezes Direito, que apresentou o art. 7.2 da CADH, que prevê o não impedimento de que

30 Situação semelhante do que ocorreu no julgamento conjunto da ADC nº 30, ADC nº 29, e ADI nº 4.578 (STF, 2012-m), em que o artigo 8.2 da CADH foi citado para reafirmar o conteúdo do art. 5º, LVI da Constituição, porém em conjunto com outros TIDH que não foram nem ratificados pelo Brasil, não possuindo validade jurídica alguma no direito interno.

31 O mesmo ocorre no voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF nº 153 (STF, 2010-q, p. 23-28) que realizou a interpretação conjunta de dispositivos constitucionais com outros convencionais, no esforço de formar seu argumento a partir dessa compatibilidade. Porém, por ter sido voto vencido e, portanto, não ter integrado as razões pelas quais a decisão foi tomada, não compôs a *ratio decidendi*.

haja a privação antecipada da liberdade do réu, desde que o instituto esteja previsto no ordenamento doméstico de cada Estado signatário; B) Joaquim Barbosa, que utiliza a CADH para argumentar que nem mesmo este documento internacional assegura um triplo grau de jurisdição; e C) Ellen Gracie, que abriu um capítulo especial em seu voto para tratar da CADH no mesmo sentido de Menezes Direito, e ainda destacar o art. 25.1 da CADH que estabelece o dever dos Estados em oferecer um recurso *tout court* contra atos que violem seus direitos.

A presença de citações da CADH em votos dissidentes ocorreu também no Inq. nº 2.704 (STF, 2013-n), que tratava de pedido do MPF para que fosse recebida denúncia em face de três indivíduos, sendo um deles deputado federal e as demais pessoas sem prerrogativa de foro, porém que, por conexão, deveriam ser julgadas também pelo Pretório Excelso. A relatora, Min. Rosa Weber, entendia pelo recebimento da denúncia e pelo desmembramento do processo, no entanto, foi voto vencido, restado relator para o acórdão o Min. Dias Toffoli.

O voto dissidente do Min. Ricardo Lewandowski aduziu que a CADH prevê o direito ao duplo grau de jurisdição, sem exceções, porém, a Corte IDH possuía decisão que estabelecia que, quando o réu fosse julgado pela Suprema Corte de um país signatário, em razão de foro por prerrogativa de função expressamente contido na Constituição desse país, não caberia invocar a CADH para derrogar a decisão e requerer o direito ao duplo grau.

A seu turno, o voto dissidente do Min. Marco Aurélio, também se manifestou para que houvesse o desmembramento do processo, inclusive por deferência à CADH, o que foi indeferido pelo resto do pleno.

Todavia, interessante neste inquérito foi o posicionamento do Min. Gilmar Mendes, que em discussão no voto do Min. Rel. Dias Toffoli, argumentou, inicialmente, que não violava o princípio do juiz natural contido na “Convenção Interamericana de Direitos”<sup>32</sup> (sic), a decisão tomada pela Suprema Corte do Estado-membro que não decline a competência para instâncias inferiores, isso porque, segundo o Ministro, haveria uma ressalva na própria Convenção, a qual, por vezes, tem a sua tradução fraudada e por isso há a dificuldade em compreender-se tal ressalva<sup>33</sup>.

---

32 STF, 2013-n, p. 30.

33 STF, 2013-n, p. 30.

Por fim, outro tipo de menção a CADH, que apesar de presente e ter sua importância, não integrou o fundamento da decisão, foi a transcrição desta no HC nº 107.453 (STF, 2011-f). A ação foi impetrada após decisão do TJ/RS de majorar a pena imposta ao réu pelo juízo de primeira instância e condená-lo como incurso em outro tipo penal, que não tivera a denúncia recebida pelo juízo *a quo*.

O Min. Gilmar Mendes, relator do caso, decidiu, acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros da turma, pelo improvimento do pedido, uma vez que não restaram comprovadas nenhuma das alegações do paciente. Ao rebater os argumentos da defesa, de que se teria violado o direito ao juiz natural, o Ministro transcreveu o art. 8.1 da CADH para reafirmar a importância do processamento e julgamento da causa por juiz imparcial e natural, no entanto, afirmou que a mera composição majoritária de magistrados de primeira instância na câmara, não configura violação ao princípio do juiz natural. Tratou-se de uma mera transcrição da CADH, a qual seu conteúdo não teve como escopo fundamentar nenhuma parte da decisão em particular<sup>34</sup>.

### **3. A recepção da CADH e a postura resistente do supremo tribunal federal: interpretando os resultados**

Este trabalho se propõe analisar as decisões do STF a partir da interação entre o sistema jurídico interno e a CADH. Esta análise tem uma dupla finalidade: 1) explorar a forma de recepção da CADH por meio dos efeitos da supralegalidade, tal como estipulados pelo STF (interpretativo e paralisante) na *ratio decidendi* de seus julgados e 2) identificar a postura do tribunal de acordo com as categorias analíticas elaboradas Jackson (2010) (resistente, convergente ou engajada). Para tanto, passaremos à análise dos dados coletados.

De pronto, é possível concluir que nenhum dos dois efeitos da supralegalidade foi identificado nos precedentes analisados. Muito embora, em sua maioria, a CADH seja utilizada na *ratio decidendi* das decisões constitucionais, sua citação se reduziu a complementação de uma interpretação prévia ou óbvia do texto

---

34 De maneira semelhante no MS nº 27.958 (STF, 2012-i) a CADH foi apenas transcrita, neste caso, como uma observação em nota de rodapé, que não foi possível identificar como fundamento hábil a compor a sua *ratio decidendi*.

constitucional. Ou seja, o texto da CADH é citado por estar de acordo com a interpretação que o ministro fez da própria Constituição. Outros indícios que demonstram a interpretação ratificadora do tribunal se expressa quando os ministros mencionam a CADH sem fazer referência a qualquer artigo específico (ADPF 347 e 378), quando a CADH é citada com a grafia equivocada ou quando a citação é feita na forma de transcrição descontextualizada<sup>35</sup>. Em poucas ocasiões o texto da CADH foi utilizado para ampliar um direito fundamental previsto constitucionalmente (RE 363.889), no caso de um direito fundamental à filiação e ADPF 187, na exemplificação das hipóteses de restrições consideradas legítimas à liberdade de expressão.

Em nenhuma instância, outrossim, a CADH foi utilizada para sustar, suspender, reformar ou paralisar os efeitos de leis infraconstitucionais. Ainda que algumas das leis tenham sido interpretadas conforme a Constituição com suposto auxílio da CADH (ADPF 54 e 187), e, em função dessa técnica decisória, reduzido seu âmbito de aplicação, não se trata de um emprego do efeito paralisante tal como exposto no RE 466.343/SP. Tal conclusão pode ser exemplificada, principalmente, no caso da ADPF 153, pois a CADH poderia (ou deveria) ser utilizada para paralisar a lei de anistia, tendo em vista sua superioridade normativa. Porém, o STF optou por dar prevalência quase constitucional à lei de 79, pois a considerou como fundamental elemento instituidor da democracia pós-88 (tese do pacto político).

Uma opinião contrária possível seria sugerir que o efeito paralisante fora observado na ADI 5.240<sup>36</sup>. Contudo, alguns elementos do julgado parecem contradizer essa hipótese. Inicialmente, não houve a paralisação de uma lei federal ou de uma norma constitucional textualmente contrária à CADH, mas a declaração de um juízo de compatibilidade de um ato normativo (do TJ/SP) com

---

35 A seguir, exemplos sobre interpretação ratificadora: HC nº 89.518 (dos direitos ao contraditório e ampla defesa); HC nº 97.665 e HC nº 101.909 (da presunção de inocência constitucional); RO no HC nº 111.025 (citada apenas para reforçar o juiz natural da Constituição); HC nº 115.963 (razoável duração do processo) e HC nº 112.776 (princípio do non bis in idem) e ED no ARE nº 891.647 (reiteração sobre a liberdade de expressão prevista na Constituição). A honrosa exceção é a do RE nº 511.961

36 *Não há, aqui, qualquer inovação na ordem jurídica. A apresentação da pessoa detida é determinada diretamente pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e, ainda, pelos artigos 656 e 657 do CPP, assinalando-se que estas normas processuais tiveram a sua eficácia paralisada naquilo que contrariam a norma convencional – especificamente as expressões “se julgar necessário” e “em dia e hora que designar”.*



as prescrições da CADH e do CPP, ou seja, o caráter supralegal do tratado não foi um argumento determinante (não obstante o relator considerar o contrário), pois caso a CADH fosse considerada com status de lei federal, a conclusão e a consequência jurídica permaneceriam. O mesmo vale para o argumento sobre a competência legislativa exclusiva da União sobre processo (art. 22, I, CRFB), pois o ministro considerou que a regulamentação normativa do TJ/SP também poderia ser extraída do CPP, muito embora com temperamentos. Não negamos a importância da decisão para a proteção dos direitos humanos daqueles presos em flagrante, mas nem o efeito paralisante foi utilizado de maneira incisiva (visto não ter atingido a vigência ou eficácia de leis federais), ou a supralegalidade necessária (uma norma editada posteriormente ao CPP considerada lei federal em sentido formal solucionaria o tema do suposto conflito de competências legislativas ou das possíveis contradições do CPP)<sup>37</sup>.

A utilização da CADH, ainda que com as limitações acima mencionadas, parece florescer, com expressiva incidência, em casos de natureza criminal. Em significativa porção dos casos analisados (59,22 %), a utilização da CADH ocorreu em *Habeas Corpus*, nas mais variadas instâncias de exercício do poder punitivo do Estado e dos direitos de réus e condenados<sup>38</sup>. Mesmo nas classes processuais diversas do HC, a temática criminal se fez presente, seja no Inq 3.412 ou na Ext. 1.085. Ainda que de forma indireta e mais difusa, o direito

---

37 ... o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem – reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de status jurídico supralegal. Dessa forma, o “efeito paralisante” da nota anterior poderia ser, na verdade, o resultado de uma interpretação conforme a Constituição (*De fato, no campo das liberdades não viceja o arbítrio, nem floresce a iniquidade. Logo, embora conste do texto legal a expressão “se julgar necessário”, a interpretação do dispositivo que maior conformidade tem com a Constituição Federal é aquela que lhe atribui a aceção de dever do magistrado ... e não de mera faculdade*) e de interpretação sistemática do CPP (*Deveras, o prazo de 24 horas para apresentação do preso decorre de duas normas processuais, quais sejam, as inscritas nos artigos 306, § 1º, e 660, caput, do CPP*).

38 Uma possível hipótese seria a de que, em matéria criminal e, especialmente em HC, o exercício do poder punitivo estatal de restrição da liberdade de locomoção torna a matéria mais sensível que as demais sob a jurisdição do STF (direito civil, administrativo, trabalhista, ambiental, consumidor etc.). Uma decisão denegatória do writ significaria que o paciente terá sua liberdade cerceada, o que exigiria do STF agregar outra variedade de fatores interpretativos que fossem além da legislação federal e constitucional, a fim de justificar e legitimar uma decisão trágica e excepcional. Por outro lado, uma decisão concessiva demonstraria que o exercício do poder punitivo estatal encontraria outras limitações, além daquelas previstas no âmbito interno.

criminal também se fez presente nas ADPF's 153, 187, 54, 378 e ADI 5240. No primeiro caso (ADPF 153), porque se questionava a possibilidade de instauração de processos criminais em face dos agentes da repressão que cometeram crimes contra a humanidade, mas cuja propositura estava impedida pelo instituto da anistia. Ademais, os ministros argumentaram que a prescrição em matéria criminal apenas poderia ser regulamentada por meio de leis em sentido formal, e não por tratados internacionais. Na ADPF 54, os ministros realizaram interpretação conforme do Código Penal no sentido de excluir interpretação que pudesse caracterizar como delituosas manifestações (marchas) em prol da legalização de drogas. Em seguida (ADPF 187), e da mesma forma que no exemplo anterior, houve interpretação de lei penal para afastar a incidência do crime de aborto nas hipóteses de antecipação de parto de fetos anencéfalos. Na ADPF 378, não obstante a natureza política (além de jurídica) do *impeachment*, os direitos de defesa da presidenta foram interpretados à luz das garantias dos réus nos processos penais. E, por fim, a audiência de custódia (ADI 5240) serviu para impedir possíveis torturas ou intimidações das autoridades policiais, no caso de prisões em flagrante, ao obrigar a apresentação imediata do detido à autoridade judiciária competente.

Em poucas ocasiões, os ministros se referiram à CADH por meio de obras acadêmicas ou didáticas sobre o assunto abordado em seus votos (ADPF 101, HC 97.665 e ED no ARE nº 891.647). Não obstante representarem uma aquiescência do relator em relação ao conteúdo do texto doutrinário transcrito (do contrário, por certo, nem seria citado)<sup>39</sup>, este tipo de citação não necessariamente caracteriza que o tribunal tenha utilizada a CADH de forma engajada ou convergente, pois, naqueles casos, dentro de uma divisão entre fontes do direito, a utilização de fonte doutrinária e de direito internacional ou estrangeiro estaria turvada: o STF citou a CADH ou a argumentação de algum autor que, incidentalmente, lembrou da convenção para construir sua tese?

---

39 A forma de argumentação constitucional predominante nos votos dos ministros do STF confirma o que Marcos Nobre (2003, p. 149-150) denominou de modelo do parecer. Oriunda do sentido técnico do termo no campo jurídico, o modelo do parecer na argumentação constitucional parte da seguinte premissa: a construção do argumento do parecerista está guiada pela tese que intenciona defender. Geralmente, o parecer recolhe o material jurisprudencial, doutrinário e os dispositivos legais pertinentes unicamente em função da tese a ser defendida e estabelecida *a priori*. O parecerista não tem a preocupação de recolher todo o material disponível e confrontar posições contrárias, mas tão somente a porção que vai ao encontro de sua tese. Empiricamente, vale conferir os assustadores depoimentos dos próprios ministros feitos a Silva (2015, p. 196-197)

Em importantes casos, os ministros, no bojo da mesma decisão, citaram a CADH em momentos distintos e para justificar e sustentar posições sobre tópicos diversos. Ou seja, não houve, necessariamente, uma utilização padronizada da CADH para a interpretação da mesma norma constitucional ou para sustentar uma posição da corte sobre o mesmo tópico no debate plenário. Na ADPF 54, por exemplo, a CADH foi utilizada por Celso de Mello para defender uma interpretação específica acerca do direito à vida (que a convenção não excluía toda e qualquer forma de aborto), enquanto Carmen Lúcia a utilizou para sugerir que ela albergava a proteção dos direitos humanos das mulheres, sob um enfoque de assistência à Saúde. Menezes Direito citou o art. 19<sup>40</sup> da CADH para reforçar a compatibilidade da liberdade de imprensa com direitos da personalidade, no bojo da ADPF 130. Por outro lado, Celso de Mello argumentou em prol da operatividade do art. 14 da CADH, independentemente, de legislação interna regulamentadora do direito de resposta constitucionalmente previsto.

Não é incomum a citação da CADH vir acompanhada de normas internacionais não ratificadas pelo país (ADI 4815 e HC 97.665), ou não cogentes (HC nº 107.701). Este é um padrão que merece muita atenção para fins de análise sobre a recepção do tratado, pois uma norma de status supralegal, que tem o condão de influenciar a interpretação constitucional e paralisar leis contrárias a ela, está sendo posta ao lado de tratados que nunca poderão ser ratificados pelo Brasil (como aqueles dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos europeu ou africano), ou que se caracterizam como normas de *soft law* (Resoluções da ONU). Sem uma distinção maior dos ministros, é difícil atribuir posição diferenciada ou especial da CADH em seus julgamentos, ou identificar o grau de influência em seus votos.

Os padrões decisórios do tribunal parecem evidenciar uma limitação na opção metodológica utilizada neste trabalho, o que indica que maior atenção deve ser dada aos parâmetros deliberativos dos votos da corte, a fim de avaliar, com maior acuidade, o impacto da CADH no tribunal. Dos dados analisados, uma quantidade significativa dos julgados foi detectada no âmbito da segunda turma, órgão onde toma assento o Ministro Celso de Mello, academicamente reconhe-

---

40 A referência do artigo, leitor, não está equivocada. O ministro mencionou o art. 19 (direitos da criança) da CADH, mas na verdade transcreveu o art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ou seja, os ministros não apenas desconhecem o nome oficial da CADH, mas também citam suas normas de forma equivocada.

cido por citar tratados e normas internacionais em suas decisões<sup>41</sup>, além de ser, atualmente, defensor do status constitucional da CADH. O aspecto idiossincrático e personalista de apresentação de votos na corte pode demonstrar que alguns ministros citam mais a CADH, que os outros, tornando problemática a conclusão de que a “corte”, e não apenas um de seus ministros (ou um punhado deles), utilizou o tratado para interpretar a Constituição. Não podemos, de forma metonímica, sugerir que o STF utiliza reiteradamente a CADH só porque fora utilizada em todas as decisões de um único ministro e, por essa razão, indexada aos mecanismos de busca do acórdão.

O “fator Celso de Mello” é relevante e cuidado deve ser tomado para que não envie os resultados. Especialmente após os recentes trabalhos de Silva (2015; 2016)<sup>42</sup>, as ocasiões em que o referido ministro cita a CADH podem ser lidas como tentativas pessoais de ignorar, deliberadamente, o posicionamento plenário, em detrimento de uma posição derrotada anteriormente acerca da constitucionalidade do tratado. Então, a maior incidência de citações de Celso de Mello não revela uma posição institucional, mas uma posição pessoal que atribui status constitucional à CADH.

Após a análise dos dados, não parece ser muito difícil concluir que as promessas e potenciais da supralegalidade não foram cumpridos ou atingidos. O efeito interpretativo, o qual permitiria que a CADH influenciasse o significado do texto constitucional não foi desenvolvido, uma vez que, na grande maioria dos casos, a interpretação foi de mera ratificação daquela feita do texto constitucional, comportamento da corte que se ajusta à resistência. Maués e Magalhães, após estudo comparado publicado neste volume, sugerem que o não desenvolvimento de uma doutrina de interpretação conforme bloqueia os argumentos sobre a CADH no STF. Como aquela doutrina enseja compromissos para com a garantia do efeito útil do tratado, bem como para com o cumprimento de obrigação internacional, sua ausência na jurisprudência do STF estimula a hermenêutica de ratificação do STF e, portanto, afasta a convergência e o engajamento.

Outro efeito visível e importante da supralegalidade seria sua capacidade de interferir na vigência e eficácia das leis infraconstitucionais. Contudo, como

---

41 Sundfeld e Souza (2012, p. 99).

42 Demonstrando que os ministros votam apenas para reforçar opiniões pessoais acerca do que eles consideram ser a interpretação correta da Constituição, sem perspectivas colegiadas ou deliberativas.

salientado logo acima, não foi possível identificar casos em que tenha sido utilizado. Somadas, estas conclusões parecem demonstrar que, não obstante afirmar atribuir um destaque diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, a prática do STF não permite distinções entre o regime anterior da legalidade e o atual. Portanto, a CADH, não obstante supralegal, ainda permanece exercendo pouca influência no direito constitucional brasileiro.

Além de não desenvolver os efeitos da supralegalidade, poucos ministros citam a CADH, dificultando a identificação de uma posição institucional sobre ela; sua citação, por vezes, acompanha tratados não ratificados pelo Brasil ou normas internacionais de pouca eficácia vinculante e, sem uma deliberação colegiada, é difícil ter certeza acerca de sua influência na interpretação constitucional. Por essa razão, a forma de recepção da CADH demonstra uma posição resistente do STF para com o direito internacional.

## **Conclusão e pautas para futuras pesquisas**

O presente trabalho se debruçou sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal que recepcionassem a Convenção Americana de Direitos Humanos, na aceção empregada por Helen Keller (2008a), realizando pesquisa jurisprudencial no site da Corte Suprema para identificar os acórdãos que utilizaram a CADH entre os anos de 2009 e 2015.

Os exames das decisões demonstraram que a supralegalidade da CADH não foi suficiente para produzir maiores incrementos na sua recepção no ordenamento constitucional, pois os efeitos interpretativo e paralisante não foram observados. Ademais disso, os ministros parecem citar estrategicamente a CADH em matéria criminal, sem maiores preocupações sistêmicas (relação da CADH com a norma constitucional) e institucionais.

Contudo, não obstante tais conclusões, identificamos algumas limitações, por conta de nossas escolhas metodológicas. De acordo com a metodologia empregada na coleta de casos desta pesquisa, apenas os acórdãos que fizeram menção expressa da CADH foram analisados, portanto, ficaram de fora todos aqueles em que: a) a CADH poderia ou deveria ter sido citada, mas não o foi (pensem em algum caso de direito de propriedade); b) o relator não tenha o perfil de citar normativas internacionais, mas cujo voto foi seguido sem maiores questionamentos por ministros que reiteradamente citam a CADH (Celso de

Mello ou Gilmar Mendes, por exemplo) e c) a citação da CADH tenha sido feita em contraposição às interpretações feitas pelos órgãos do sistema interamericano convencional (Comissão IDH e Corte IDH).

Dessa forma, pensamos que futuras pesquisas sobre o tema poderão seguir ou aprofundar as seguintes pautas:

- 1) para avaliar a posição institucional do STF, talvez seja necessário perquirir a posição pessoal de cada ministro acerca do valor da CADH no ordenamento constitucional. Conforme mencionado na introdução, em 2008, o tribunal não foi unânime quanto à suprallegalidade da CADH e as mudanças na composição da corte poderão interferir na manutenção ou alteração dessa jurisprudência;
- 2) a fim de avaliar o impacto da CADH no ordenamento jurídico brasileiro, o pesquisador deverá ir além das hipóteses de menção expressa ao tratado (interpretação ratificadora), sendo necessária a busca pelos casos em que a citação não era, tão somente, possível, mas necessária (Pet 3.388); tal análise permitirá a identificação dos diferentes usos do argumento internacional, especialmente se levarmos em consideração o personalismo dos votos (por exemplo, um ministro pode citar a CADH em um caso de forma ratificadora para reforçar sua interpretação da Constituição, mas a omitir em outro, cujo tema era sensível à proteção internacional dos direitos humanos);
- 3) pesquisa quantitativa deve ser feita envolvendo o período 95-08, ou seja, iniciando com a data em que o STF reafirmou sua posição acerca da legalidade da CADH (HC 72.131) pós-88 até o caso da virada jurisprudencial com a suprallegalidade (RE 466.343), no intuito de investigar possíveis diferenças argumentativas na utilização do tratado, bem como se houve aumento ou diminuição nas ocasiões de sua citação;
- 4) as pesquisas poderão tentar explicar a atração da temática criminal aos argumentos de direito internacional, notadamente ausentes no resto do cabedal decisório do STF, o que poderá indicar que a citação da CADH pode ser sensível ao tipo de matéria analisada;

- 5) Maior atenção poderá ser direcionada ao ator processual que suscita normas internacionais a serem interpretadas pelo STF. Tal abordagem nos permitiria concluir se a CADH é citada de forma espontânea pelo tribunal, como uma exigência de sua natureza supralegal, ou se ela é citada apenas quando a suprema corte é instigada a analisá-la por ser uma causa de pedir ou fundamento de manifestação ministerial;
- 6) A força das reversões jurisprudenciais deverá ser considerada para aferir o grau de impacto da citação da CADH no precedente revogado, pois uma interpretação feita da CADH por ministros que formavam uma maioria poderá ser substituída por outra em momento posterior (HC nº 93.503 e HC nº 96.059)<sup>43</sup>, e seria importante identificar qual o papel desempenhado pela norma internacional, a qual pode não ter alterado seu conteúdo normativo;
- 7) uma análise completa acerca das posturas resistente, engajada ou convergente depende de um cotejo mais amplo da produção jurisprudencial dos órgãos de monitoramento do sistema interamericano. Pensem na seguinte hipótese: o STF poderia, reiteradamente, citar apenas o texto literal da CADH para defender uma interpretação contrária à jurisprudência da Corte IDH, ignorando-a - nessa situação, não obstante a constante utilização da CADH, a postura seria resistente; caso o STF interpretasse a CRFB da mesma forma que a Corte IDH, a postura seria convergente e, caso ponderasse, dialogasse com o precedente interamericano (ainda que para afastá-lo), a posição seria engajada. Isto se justifica por uma questão, aparentemente, simples: o impacto a ser analisado é da CADH, que, por sua vez, faz parte de um sistema regional de proteção, no qual órgãos de monitoramento estão incumbidos de dar-lhe concretude. Mesmo os países que não reconheceram a jurisdição da Corte IDH, estão obrigatoriamente sujeitos à Comissão IDH. A preocupação não seria apenas com a recepção formal, mas também com o impacto da convenção.

---

43 Cf. os debates no HC nº 84.078, no qual os ministros vencedores e perdedores utilizaram os mesmos artigos da CADH para extrair interpretações diametralmente opostas sobre a antecipação da pena após condenações em 2ª grau.

## Referências

CHOUHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, *Indiana Law Journal*, vol. 74, nº 03, p. 819 - 892, 1999.

GUERRA, Sidney. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

KELLER, Helen. SWEET, Alec Stone. The Reception of the ECHR in National Legal Orders in Faculty Scholarship Series. Yale: 2008a, v. 89, p. 11-36. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/89](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/89)>, acessado em 06.03.2017.

\_\_\_\_\_. Assessing the impact of the ECHR on National Legal Systems in Faculty Scholarship Series. Yale: 2008b, v. 88, p. 677-712. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/88](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/88)>, acessado em 06.03.2017.

MAGALHÃES, Breno Baía. Universidade Federal do Pará: *Pluralismo Constitucional Interamericano: a Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tese (Doutoramento em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía *et al.* Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 275-296, 2014.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e interpretação constitucional. *SUR*. São Paulo: v. 10, n. 18, p. 215-235.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASSAR, Paulo André. Comunicação Transjudicial e Direitos Humanos: A Passagem da Teoria à Empíria in TEREZO, Cristina Figueiredo. CITTADINO, Gisele. TEIXEIRA, João Paulo Allan. (Coords.) *Direitos Humanos, Minorias e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 85-101.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo. jul. 2003. p. 145-154.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27, nº 08, p. 89-115, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da . De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 47, p. 205-225, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da . 'Um Voto Qualquer'? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais* , v. 1, p. 180-200, 2015.

SUNDFELD, C. A; SOUZA, R. P. de. *Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões*. In.: VOJVODIC, Adriana et. al. (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75-120.

SITARAMAN, Ganesh. The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation. *Harvard Law Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, n. 02, p. 653-693, 2009.

*Bruna Fonseca Uchoa*  
*Rafael Cruz Bemerguy*  
*Breno Baía Magalhães*

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à emenda constitucional n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

WATERS, Melissa A. Creeping Monism: the judicial trend toward interpretative incorporation of human rights treaties. *Columbia Law Review*, vol. 107, nº 05, p. 628-705, 2007.

# La Objetivación del Recurso Extraordinario y el Desafío para Garantizar Derechos en el Control Difuso de Constitucionalidad en Brasil

*Paula Arruda<sup>1</sup>*

## Introducción

El análisis de los filtros existentes para la admisión a trámite del recurso extraordinario nos revelará el desafío relativo a la protección de los derechos fundamentales en Brasil, por medio del control difuso de constitucionalidad, relacionado con la ausencia del adecuado diálogo judicial entre los magistrados operantes en el control mixto de constitucionalidad brasileño y el Supremo Tribunal Federal, desafío éste que se acentúa ante la inexistencia de un recurso constitucional que disponga como único objeto la tutela de derechos fundamentales por parte del STF.

El elevado número de enjuiciamientos sometidos a la apreciación del Supremo Tribunal Federal necesitó de una revisión de los procedimientos del control difuso de constitucionalidad en el ámbito del STF, pues el recurso extraordinario recibió frecuentes críticas por someter a la Corte Suprema una cantidad de enjuiciamiento desproporcionada para su capacidad juzgadora. Nuestro objetivo será delimitar los requisitos para la definición de los filtros de la repercusión general y la trascendencia constitucional, así como los efectos del proceso de objetivación del control de constitucionalidad en Brasil.

---

1 Profesora de la Universidad Federal de Pará (UFPA). Doctora por la Universidad de Salamanca (España). Postdoctora por la Universidad de Duisburg-Essen (Alemania).

## 1. La Repercusión General en el Recurso Extraordinario

La repercusión general viene a atender a la súplica procesal de celeridad al recurso extraordinario por medio de un intento de objetivación del derecho, movimiento que se intensifica en varios ordenamientos jurídicos occidentales.

La tendencia de la objetivación constitucional se inaugura con el artículo 97 de la CF/88 que establece la ya referida “reserva del pleno”, determinando que la cuestión constitucional ya decidida precedentemente por el STF es trascendente, dejando de ser imprescindible la convocatoria del Pleno delante de los tribunales *a quo*, a tenor del consagrado por los artículos 948 y 949 del CPC.

El Ministro Sepúlveda Pertence en el juzgamiento del Agravio Regimental nº 5206-EP/2001, Pleno, defendió que la tendencia dominante de la creciente contaminación de la pureza de los dogmas del control difuso de la constitucionalidad por el control concentrado lleva a la superación de los efectos *inter partes* para expurgar, aunque por vía del recurso extraordinario, una ley constitucional que deberá tener su declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, si así lo entiende el STF.

Reforzando la comprensión de la objetivación de los efectos del recurso extraordinario, el Ministro Gilmar Mendes, en el Recurso Extraordinario nº 388830-RJ/2006, sostuvo que este recurso dejó de tener un carácter marcadamente subjetivo o de defensa del interés de la parte para asumir de forma decisiva la función del orden constitucional objetivo permitiendo incluso que fuera analizada la cuestión en base a fundamentos diversos de los sostenidos por la parte.

El escenario de objetivación procesal del recurso extraordinario se materializa en el especial requisito de admisibilidad de la repercusión general introducido por la Enmienda Constitucional nº 45 de 2004.

El párrafo 3, del artículo 102, de la CF/88 sostiene que:

“En el recurso extraordinario el recurrente deberá motivar la repercusión general de las cuestiones constitucionales debatidas en el caso, en los términos de la ley, a fin de que el Tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo recusarlo por manifestación de dos tercios de sus miembros”.

El citado precepto constitucional determina además que la repercusión general se definiría por ley, quedando primeramente redactada en la Ley nº

11.418/2006.<sup>2</sup> El Código de Proceso Civil, en su más reciente reforma, concluye la reglamentación de esta materia en su artículo 1.035.

La trayectoria de la efectiva implantación del régimen de la repercusión general comenzó tras la edición de la Enmienda Regimental del STF nº 21/2007 cuando por ocasión de la decisión de la Cuestión de Orden, AI-QO nº 664567/2007, relator Ministro Sepúlveda Pertence, se firmó el entendimiento de que la normativa solo se aplicaría en los recursos extraordinarios interpuestos a partir de 03 de mayo de 2007, fecha de aprobación del reglamento.

El Ministro Sepúlveda Pertence, en la Cuestión de Orden, AI-QO nº 664567/2007, pautándose en el art. 327 del RISTF adujo que la preliminar de la repercusión general fue regulada como exigencia, debiendo ser formal y fundamentada para la cual debe atender los siguientes supuestos:

- a) que es de exigirse la argumentación de la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en cualquier recurso extraordinario, incluido el criminal;
- b) que la verificación de la existencia en la petición del recurso extraordinario de la “preliminar formal y fundamentada de la repercusión general” (C. Pr. Civil, art. 543-A, párrafo 2; RISTF, art. 327) de las cuestiones constitucionales discutidas puede ser analizada tanto en el origen cuanto en el Supremo Tribunal Federal, siendo de competencia exclusiva de este Tribunal, la decisión sobre la efectiva existencia de repercusión general;
- c) que sólo se aplica la exigencia de argumentación de la repercusión general a partir del día 3 de mayo de 2007, fecha de la publicación de la Enmienda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007.<sup>3</sup>

El entendimiento firmado en dicho precedente fue reafirmado por el Supremo Tribunal Federal en las siguientes decisiones: AI nº 654.483, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Diario de Justicia de 28.05.2007; AI nº 651.056, relatora Ministra Cármen Lúcia, Diario de Justicia de 21.06.2007; RE nº 581.084, relator Ministro Carlos Britto, Diario de Justicia Electrónico de 03.04.2008; AI

2 Véase en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm)>. Acceso en: 18 de marzo de 2017.

3 Véase decisión en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485554>>. Acceso en: 18 de marzo de 2017.

nº 670.433, relator Ministro Marco Aurélio, Diario de Justicia Electrónico de 04.04.2008; AI nº 694.897, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Diario de Justicia Electrónico de 16.04.2008.

Con la previsión constitucional acerca de la repercusión general en el recurso extraordinario y el desarrollo de la normativa procesal, además de la actualización normativa del RISTF, el recurso extraordinario pasa a tener un mecanismo de filtraje a más que dificulta su proposición al Supremo Tribunal Federal con vistas a solucionar la crisis derivada de la sobrecarga del STF, evidenciada a lo largo del tiempo.

Oscar Vilhena (2004, p. 202) sostiene que la jurisdicción constitucional tiene como fin favorecer el control concentrado de constitucionalidad y presu- poner un trabajo subsidiario por parte del STF para su actuación en el control difuso de la constitucionalidad. En este sentido, la adopción de un sistema de filtraje de los recursos extraordinarios aumentaría la autoridad del STF con el refuerzo del control concentrado sin que dicho Tribunal viera aumentada su carga de trabajo.

Explicar la configuración de la repercusión general no es tarea fácil. Incluso después de la edición de la Ley nº 11.418/2006, que reglamentó la aplicación de la repercusión general y de la trascendencia constitucional, actualizada por el artículo 1.035, párrafo 1, del Código de Proceso Civil, la indefinición de lo que sea repercusión social, jurídica, política y económica dependerá de la determinación del concepto en cada caso analizado por el STF.

La doctrina apunta que tratándose de conceptos indeterminados se puede considerar que el objetivo con el cual el requisito fue introducido en el orden jurídico brasileño, destinado a reducir la carga de trabajo del STF, conllevará la comprensión de que su concepto privilegia el interés público y su alcance deberá trascender el interés de la parte (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 56).

En efecto, si miramos hacia la tradición jurídica del Tribunal Supremo, como órgano de cierre excepcional del *common law* en los Estados Unidos, y, hacia la adecuación por Alemania de los procedimientos que objetivaron descargar de trabajo al Tribunal Constitucional, podremos comprender como surge la influencia que definió los preceptos normativos incorporados en la legislación brasileña y, que además, influye en otros países, como, por ejemplo España.

En Estados Unidos, la jurisdicción del Tribunal Supremo fue siendo desarrollada de modo a quedar reservada para los casos considerados de importancia trascendente, conforme se nota en el *writofcertiorari* y en la apelación, con lo que

la dimensión objetiva del derecho constitucional y de los derechos fundamentales está privilegiada frente a la dimensión subjetiva de tutela jurisdiccional. La Suprema Corte estadounidense asumió como mayor desafío la interpretación constitucional y la atención a las cuestiones significativas de derecho federal, objeto formador de su tradición histórica en el control de la constitucionalidad (REHNQUIST, 1993, p. 11-12).

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal estadounidense no hay la concreción de criterios definitivos que determinen el nivel de importancia de un caso, habiendo, por el contrario, únicamente, una definición negativa, disponiendo que la jurisdicción de este Tribunal no se ocupe de casos que no contengan una cuestión importante. Las orientaciones contenidas en la Regla 10, que rige la práctica del *certiorari*, en la actuación de la discreción judicial, van a suponer que la exigencia de la importancia es mensurada conforme el juicio del magistrado y no a una regla. De este modo, el criterio de importancia no es definido ni rígido, haciendo con que la discrecionalidad sea inevitable y esté sujeta a la presión de la cantidad de trabajo del Tribunal que determinará su actuación y elección de los casos (FRANFURTER; FISHER, 1938, p. 582-583).

El normativo de la Regla 10, *a*), *b*) y *c*) del Tribunal Supremo estadounidense asienta que se evidencia una cuestión importante cuando: el tema sea sobre sentencias conflictivas entre tribunales; todavía no haya jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo o cuando la decisión de otros jueces o tribunales contraríen jurisprudencia dominante del Tribunal, y, cuando hayan errores graves, basados en errores fácticos o aplicación equivocada de una norma, que necesiten ser corregidos.

Sin embargo, en la práctica del Tribunal Supremo estadounidense la tutela subjetiva del interés individual puede ser decisiva para la concesión de un *writ of certiorari*, considerando la relevancia para la protección individual del recurrente, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las penas capitales vigentes en este país (TUSHNET, 1997, p. 163-178).

Además, el Tribunal Supremo se ha tomado en cuenta para la concesión del *writ of certiorari* situaciones de impacto social, político, económico y jurídico que trasciendan los intereses subjetivos de las partes en el proceso tal y como enuncian Provine (1980, p. 75). Cuestiones de trascendencia social estarían relacionadas, por ejemplo, con discriminación en razón de raza(-TUSHNET, 1994). La trascendencia política estaría configurada si las implicaciones políticas trascendieran a la sociedad aunque sean pocas las per-

sonas directamente afectadas, como por ejemplo, temas de derecho electoral (CHEMERINSKY, 2001, p. 1.073). En el ámbito jurídico la trascendencia se produciría con la necesidad de uniformización jurisprudencial, creación de doctrina constitucional y adecuación de la doctrina constitucional a cuestiones cambiantes (BAKER, 1984, p. 613).

Conforme podemos notar la tradición jurídica construida en Estados Unidos influencia sobremedida la Enmienda Constitucional nº 45/2004 en los moldes con que se firma el requisito de la repercusión general y de la trascendencia constitucional, aunque en Brasil, la actuación discrecional sea muy peligrosa por no tener base jurisprudencial secular, tal y como está en la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense, que actúa de modo muy natural por medio del sistema de precedente del *stare decisis* que vincula a todos los jueces, al paso que en Brasil el apego al formalismo de la ley, típico del *civil law*, significa un óbice para el buen funcionamiento de esta práctica.

A su vez, en Alemania el *verfassungsbeschwerde*, previsto en el art. 93.a, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal – BverfGG, texto de 1951, después de las modificaciones por las Leyes de 11 de agosto de 1993 y 16 de julio de 1998, en consonancia con su tradición jurídica del *civil law*, optó por adoptar un mecanismo que busque disminuir la sobrecarga del Tribunal con base en la admisión a trámite de un recurso que tenga un significado jurídico constitucional fundamental cuando resulte para el recurrente un perjuicio especialmente grave de la negativa a conocer del fallo (FERNÁNDEZ SEGADO, 2007, p. 88).

En Alemania el BverfGG ejerciendo el amplio margen de interpretación para la protección de derechos fundamentales fijó un conjunto de criterios para identificar cuándo una cuestión constitucional poseería relevancia fundamental definiéndola en los siguientes términos: cuando exista duda sobre la interpretación conforme con la Constitución de la cuestión constitucional suscitada; cuando la cuestión constitucional no haya sido aclarada por el Tribunal Constitucional; cuando deba ser revisada debido a la existencia de situaciones cambiantes; cuando haya entendimiento controvertido entre tribunales o doctrinas; y que además trascendiera el caso concreto identificando intereses objetivos de protección constitucional (HERNÁNDEZ RAMOS, 2009, p. 249-250).

El aspecto más novedoso de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán fue considerar que el margen discrecional de su interpretación debería estar



combinado con un sistema de admisión a trámite de los recursos fundamentados por las partes interesadas que vendrían a contribuir aportando argumentos para el convencimiento de la doctrina a ser firmada y la real necesidad de la pronuncia del Tribunal acerca del tema.

Con la observancia del modo con que operan el Supremo Tribunal estadounidense y el Tribunal Constitucional alemán observamos que los procedimientos utilizados por ambos los Tribunales influyeron en el sistema de selección de recursos consagrado en Brasil.

Aunque la mayoritaria doctrina brasileña relacione la repercusión general y la trascendencia constitucional directamente con el *writ of certiorari*, es cierto que la Enmienda Constitucional nº 45, se traduce en una mayor aproximación del procedimiento brasileño con el procedimiento propuesto por Alemania, que exige la justificación de un significado jurídico fundamental para admisión a trámite, al revés de permitir un sistema absolutamente discrecional de selección de casos como en el modelo estadounidense.

Por otra parte, las raíces de la exigencia de fundamentación de la relevancia social, económica, política o jurídica, expresamente exigida por el CPC, se identifican con la jurisprudencia construida en Estados Unidos estableciendo criterios para definición de materias que presenten repercusión general de orden constitucional.

Analizando la trayectoria hacia la actual reglamentación de la repercusión general consagrada en el artículo 1.035 del CPC, cumple observar que el proyecto de ley que culminó con la aprobación de la Ley nº 11.418/2006, ampliando los antiguos artículos 543-A y 543-B en el CPC, fue presentado en el Congreso nacional el 23 de enero de 2006, señalando la exclusividad del STF para realizar el examen de la repercusión general del caso, pero manteniendo la posibilidad de intervención de *amicus curiae* en esta fase procesal (lo que sigue confirmado en el art. 138 del actual CPC). Se estableció que la competencia para la no admisión de la presencia del requisito de repercusión general sería exclusiva del Pleno del STF y se garantizó que la presencia de cuatro votos, de los once Ministros, a favor de la existencia de repercusión general permitiría sin lugar a dudas la admisión del recurso. El trámite para el enjuiciamiento masivo de múltiples recursos fue definido sobre el mismo objeto y se identificó de presumida repercusión general todos los casos en que hubiere juicio *a quo* contraviniendo sumario o jurisprudencia dominante; los casos referentes a cuestiones de nacionalidad y

derechos políticos; y por último, los casos que fueran relativos a derechos o intereses difusos.<sup>4</sup>

La alternativa propuesta por la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía (en adelante PLS 12/06-S) consideró que la primera versión del proyecto de ley fue excesivamente detallista y presentó una reglamentación legislativa mínima, asegurando que el STF pudiera reglamentar el instituto con libertad en su Reglamento Interno. Reglamentación realizada a través de los artículos 321 a 329 de este normativo.<sup>5</sup>

Sin embargo, respecto a la presunción de la repercusión general, el párrafo 3, del artículo 989 del PLS 12/06-S, amplió las hipótesis de petición, concibiéndolas cuando el recurso impugnara decisión contraria a sumarios y jurisprudencia dominante del STF; tesis firmada en juzgados repetitivos; decisión de inconstitucionalidad de tratado o ley federal. La propuesta, que no fue aceptada, se vio limitada, dando lugar a la previsión de repercusión general presumida solamente para los casos de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF y decisión de inconstitucionalidad de tratado o ley federal, además de los casos de recursos repetitivos (SCARPINELLA BUENO, 2011, p. 142).

Veremos las peculiares características del juicio de admisibilidad del recurso extraordinario a continuación, y dejaremos el análisis del procedimiento definitivamente aprobado por la ley y sistematizado por el Reglamento Interno del STF para un apartado específico sobre el tema, teniendo en cuenta su complejidad.

En efecto, podemos observar que el nuevo trámite del recurso extraordinario privilegió la lógica de la objetivación del derecho, el reforzamiento del control concentrado de constitucionalidad por parte del STF y el intento por dotar de eficacia *erga omnes* y efecto vinculante a las decisiones en sede de control difuso de constitucionalidad contribuyendo en la preservación de la autoridad de sus decisiones.

En última instancia la objetivación del recurso extraordinario producirá el efecto vinculante en dos momentos diversos: en la fase de la admisibilidad y en la fase del juicio de mérito. En ambos casos la admisión o la no admisión a trámite condicionarán la obediencia de los tribunales *a quo* sin posibilidad de interponer un nuevo recurso que cuestionara la decisión del STF (SCHWARZ VIANA, 2011, p. 46).

4 Véase el PLS 12/06 en: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acceso en 23 de marzo de 2017.

5 Véase: Diário do Senado Federal, publicado em 02 de febrero de 2006. Págs. 2.812-2.813.

## **2. El Procedimiento de Admisión a Trámite del Recurso Extraordinario y el la Decisión Única de Múltiples Recursos Interpuestos Destinados Para el STF**

Según ya señalamos el procedimiento de admisión a trámite del recurso extraordinario se divide entre el juicio *a quo* y el Supremo Tribunal Federal.

En el caso del juicio de admisibilidad en los tribunales *a quo* el presidente del tribunal, el vice-presidente o, en su caso, el presidente de la Sala donde se reciba el recurso extraordinario verificará si existe la preliminar fundamentada de la repercusión general, requisito este de carácter constitucional previo, para a continuación analizar si el recurso cumple los requisitos recursales comunes a saber: legitimidad del recurrente, interés procesal en recurrir, procedibilidad del pedido, preparo con pago de las costas, emplazamiento, todo en los términos del Código de Proceso Civil, artículos 1.003, 1.007 y 1.030.<sup>6</sup>

No siendo admitido a trámite el recurso extraordinario en el tribunal de origen, que tiene la competencia de enviar el recurso al STF, la parte perjudicada podrá interponer el Agravio de Instrumento, en los términos del artículo 994, II, del CPC, o pedir aclaraciones sobre la decisión, vía Embargos de Declaración, conforme al artículo 994, IV, del CPC. La posibilidad de Agravio Interno en el STF de la decisión del Ministro relator de este Tribunal que inadmitió el Agravio de Instrumento contra decisión del juicio *a quo* encuentra su apoyo en el artículo 994, III, del CPC.

Siendo admitido a trámite en el juicio *a quo* el recurso extraordinario, será remitido al STF que analizará detenidamente la configuración de la repercusión general y de la trascendencia de la cuestión general, requisitos previos para la posterior decisión sobre el fallo. Determina la CF/88 en el artículo 102, párrafo 3, así como el artículo 1.035 del CPC, que la ausencia de la preliminar de repercusión general o su deficiente fundamentación ocasionará la inadmisión a trámite. En el mismo sentido el Sumario nº 284 del STF indica que “no será

---

6 Parte de la doctrina entiende que el tribunal *a quo* deberá en primera fase verificar el cumplimiento de los requisitos comunes procesales para después verificar la existencia de preliminar de la repercusión general. Sin embargo, sin la referida preliminar todos los demás requisitos procesales están perjudicados razón por la cual entendemos que la presencia de la preliminar de la repercusión general compone la primera fase del juicio de admisibilidad ya que no será tramitado el recurso sin fundamentación preliminar aunque los demás requisitos procesales estén presentes. En opinión contraria véase Torres de Amorim (2010, p. 33).

admitido recurso extraordinario cuando la eficacia de su fundamentación no permita la exacta comprensión de la controversia”.

Remetido al STF el recurso extraordinario, con admisibilidad reconocida por el juicio de origen, el mismo será distribuido al relator que reexaminará los requisitos de admisibilidad. En este momento el relator podrá decidir acerca de la intervención de *amicus curiae* (artículo 138 del CPC), pero no podrá decidir aisladamente sobre la configuración de la repercusión general, competencia esta del órgano colegiado según los términos de la CF/88, artículo 102, párrafo 3. En el caso de la repercusión general presumida de las hipótesis de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF, inconstitucionalidad de tratado o ley federal o en el caso de los recursos repetitivos, podrá el relator decidir por sí solo respecto a la existencia de repercusión general, según los artículos 987 y 1.035 del CPC.

El procedimiento de juzgamiento de la repercusión general en el recurso está determinado por un quórum conocido como “prudencial”, acordándose la negativa de la repercusión general siempre que sea decidida por dos tercios de los Ministros del STF (MANCUSO, 2010, p. 188).

Siempre que se presentaren en el tribunal *a quo* una multiplicidad de recursos con fundamento en idéntica controversia, el tribunal elegirá un recurso modelo que actuará como *leading case* y suspenderá el juzgamiento de los demás recursos interpuestos bajo su apreciación de admisibilidad, hasta que el STF se pronuncie sobre el mérito de la cuestión constitucional, fijando precedente jurisprudencial que vinculará al tribunal *a quo* para juzgar el recurso sin la necesidad de que los procesos suspendidos sean remitidos al STF, en los términos del artículo 1.036 del CPC.

Con vistas a que los múltiples recursos vean limitado su envío al STF, este órgano editó los Normativos Administrativos nº 177/2007 y 138/2009 permitiendo que su secretaría devolviera a los tribunales de origen los múltiples procesos que versen sobre materias pendientes de su apreciación en los casos de que aquéllos tribunales no hayan suspendido la apreciación del recurso a la espera de la decisión definitiva sobre la cuestión constitucional por parte de la Corte Suprema.

Ejemplo de ello es el RE nº 559.607– RG /2007, relator Ministro Marco Aurélio, el cual informó que una vez que el Tribunal Supremo esté decidiendo sobre la existencia de la repercusión general sobre el tema suscitado en los múltiples recursos, se impone la devolución al tribunal de origen de todos los

demás recursos que hayan sido interpuestos en la vigencia del procedimiento definido por las normativas procesales, comunicando a los tribunales de origen que suspendan el envío a la Corte Suprema de los recursos que traten de materia idéntica.

Negada por el STF la existencia de la repercusión general los recursos suspendidos son automáticamente inadmitidos, en los términos del artículo 1.035 del CPC.

A su vez, la decisión que niega la existencia de la repercusión general es irrecurrible siendo el fallo aplicable para todos los casos idénticos, segundo establece el artículo 1.040 del CPC. El artículo 1.042 del CPC regula el procedimiento de Agravio posible contra decisión del tribunal *a quo*.

Cuando el Supremo Tribunal decida sobre el mérito de la cuestión constitucional con existencia de repercusión general los recursos en suspenso en los tribunales de origen serán por ellos juzgados, pudiendo estos órganos declarar a los recursos perjudicados o decidir aplicando la tesis firmada, en los términos 1.039 del CPC.

En la Cuestión de Orden en el Agravio de Instrumento nº 760.358 el Supremo Tribunal entendió que en los casos donde el juicio *a quo* contrariara o aplicara equivocadamente la jurisprudencia de aquél firmada en el mérito de la repercusión general de la cuestión constitucional la parte deberá interponer Agravio Interno al tribunal de origen, para ser procesado en los términos del Reglamento Interno de cada tribunal, no cabiendo Agravio de Instrumento al STF para corregir la decisión, tal y como explicita la descripción de la decisión mencionada:

“Cuestión de Orden. Repercusión General. Inadmisibilidad de Agravio de Instrumento o Reclamación de la decisión que aplica entendimiento de esta Corte a los procesos múltiples. Competencia del tribunal de origen. Conversión del Agravio de Instrumento en Agravio Regimental”.

En el RE nº 579.431– QO /2008 el Supremo Tribunal Federal informó que se aplica, plenamente, el régimen de la repercusión general a las cuestiones constitucionales ya decididas por el STF cuyos los juicios sucesivos dieron causa a la formación de sumario o jurisprudencia dominante, habiendo en estas hipótesis la necesidad de pronunciamiento expreso del Pleno de la Corte Suprema sobre la incidencia de los efectos de la repercusión general reconocida para que, en

las instancias judiciales ordinarias, puedan ser aplicadas las reglas del nuevo régimen, en especial, para fines de retratación o declaración de prejudicialidad de los recursos sobre el mismo tema, quedando en este sentido, aprobada la propuesta de adopción de procedimiento específico que autorice la Presidencia de la Corte a traer al Pleno, antes de la distribución del recurso extraordinario, cuestión de orden en la cual podrá ser reconocida la repercusión general de la materia tratada, si fueran atendidos los presupuestos de relevancia.

Esta misma decisión firmaba que, en seguida, el tribunal podría, cuanto al mérito, manifestarse por la preservación del entendimiento ya consolidado o deliberar por la renovación de la discusión del tema. En la primera hipótesis, la Presidencia estaría autorizada a negar la distribución de los recursos y devolver al tribunal de origen todos los recursos idénticos para que los jueces o tribunales ordinarios apliquen el procedimiento del art. 1.036 del CPC. En la segunda situación, los recursos deberían ser encaminados para la normal distribución a los órganos del STF, que después del razonamiento sometería el fallo a la apreciación del Pleno del Tribunal. En el mismo sentido siguen las siguientes decisiones: RE nº 582.650– QO /2008, relator el Ministro Presidente; y, RE nº 580.108- QO /2008, relator Ministro Presidente.

En efecto, en el caso de que ya haya jurisprudencia consolidada del Supremo Tribunal Federal, es aconsejable que el tribunal de origen decida la cuestión sin remeter los recursos extraordinarios a nuevo juicio del STF, ejemplo de ello es el RE nº 582.019 - QO-RG/2008, relator Ministro Ricardo Lewandowski, que niega la distribución de recursos extraordinarios a los órganos del STF, que traten sobre mismo tema de jurisprudencia ya consolidada por este Tribunal, lo cual mandó devolver el recurso al tribunal de origen para que adoptara directamente los procedimientos previstos en el art. 1.036 del CPC.

Por otra parte, aunque haya sido voto vencido, la Ministra Cármen Lúcia en el RE nº 565.822– RG /2008, interpretó el sucedáneo del actual artículo 1.035, párrafo 3, I, del CPC, definiendo que en determinados supuestos, no se presume la ausencia de repercusión general cuando el recurso impugnar decisión que esté de acuerdo con el precedente ya firmado por la Corte Suprema, lo que se refiere a los casos en que sea necesario resguardar la posibilidad de la revisión de las orientaciones firmadas por el STF cuando se evidencien situaciones cambiantes.

La intención del Supremo Tribunal Federal es limitar la proliferación de Agravios de Instrumento o Reclamaciones constitucionales para su aprecia-

ción. La objetivación del recurso extraordinario pretende disminuir la carga de trabajo del STF y por lo tanto la lógica de este Tribunal es impedir que otros recursos y acciones constitucionales sean interpuestos cuando la repercusión general esté decidida aunque la decisión en el tribunal de origen sea equivocada.

El artículo 138 del CPC, permite la participación de terceros en la motivación de la decisión de la repercusión general. Tal dispositivo concede coherencia al procedimiento del juzgamiento sobre la existencia de repercusión general una vez que los interesados en los recursos pendientes en el tribunal de origen, en espera del análisis del *leading case* por el STF, deben tener el derecho al contradictorio, al debido proceso legal y a la amplia defensa conforme determina la Constitución. Además, considerando el objeto de la repercusión general identificado por la relevancia social, política, jurídica o económica, y la trascendencia a los intereses de las partes, la manifestación del *amicus curiae*, aunque no fuera parte de un recurso suspendido en el juicio de origen, permite una mayor determinación de los contenidos abstractos identificadores de la repercusión general.

García Medina (2009, p. 356) aduce que la manifestación de terceros interesados en el proceso no se restringe a la identificación de la repercusión general sino que debe extenderse al mérito del recurso.

En lo referente a la concesión de medidas cautelares en los recursos extraordinarios, el STF decidió en la Cuestión de Orden en la Acción Cautelar nº 2.177 que, en regla, la competencia del análisis de lo solicitado fuera del tribunal de origen, conforme se observa en el juzgado:

“Cuestión de Orden. Acción Cautelar. Recurso extraordinario. Pedido de concesión de efecto suspensivo, en el origen, delante del reconocimiento de repercusión general por el Supremo Tribunal Federal (...). Sumarios 634 y 635. Jurisdicción cautelar que debe ser prestada por los Tribunales y Salas recursales *a quo*, incluso respecto a los recursos admitidos, pero suspendidos en el origen. 1. Para la concesión del excepcional efecto suspensivo al recurso extraordinario es necesario un juicio positivo de su admisibilidad en el tribunal de origen, su viabilidad procesal por la presencia de los presupuestos extrínsecos e intrínsecos, la plausibilidad jurídica de la pretensión del derecho material en él deducida y la comprobación de urgencia de la pretensión cautelar. Precedentes. 2. Para los recursos anteriores a la aplicación del régimen de la repercusión general o para aquellos que traten de materia cuya repercusión general todavía no fue examinada, la jurisdicción cautelar de este Supremo Tribunal

solamente estará configurada con la admisión del recurso extraordinario o, en caso de juicio negativo de admisibilidad, con el proveimiento del agravio de instrumento, no siendo suficiente su simple interposición. Precedentes. 3. Compete al tribunal de origen apreciar acciones cautelares, aunque el recurso extraordinario ya hubiera obtenido el primer juicio de admisibilidad, cuando el apelo extremo estuviere suspendido debido al reconocimiento de la existencia de repercusión general de la materia constitucional en él tratada. 4. Cuestión de Orden resuelta con la declaración de incompetencia de esta Suprema Corte para la acción cautelar que busca la concesión de efecto suspensivo al recurso extraordinario que espera decisión sobre la repercusión general en el juicio de origen, en virtud de reconocimiento de la existencia de la repercusión general de la cuestión constitucional en él discutida”.

En efecto, tal posicionamiento se confirma en la AC 3534 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, juzgamiento em 8.3.2016, *DJe* de 12.4.2016.

Hay que subrayar que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, ordinariamente, ha recusado concesión de medida cautelar pertinente al recurso extraordinario que obtuvo, en el origen, juicio negativo de admisibilidad. Cabe, sin embargo, excepcionalmente, la suspensión cautelar de la eficacia de la decisión, objeto del recurso extraordinario no admitido, si el Agravio de Instrumento contraría decisión que se revele incompatible con la jurisprudencia dominante del STF, hipótesis que no se traduce en excepción a los Sumarios nºs 634 y 635 del Tribunal Supremo, todo en los términos de la AC nº 1641– QO /2007, relator Ministro Celso de Mello.

Cuanto a las materias más frecuentes que el Supremo Tribunal Federal ha considerado la repercusión general estas se traducen sobre temas de derecho administrativo, electoral, financiero y tributario, de pensiones y beneficios, procesal y del trabajo.<sup>7</sup>

En los temas referentes a los derechos fundamentales fueron objeto del reconocimiento de la repercusión general y de la trascendencia constitucional cuestiones relativas a la unión estable homoafectiva (ARE nº 656.298 – RG/2012; y, RE nº 646.721-RG/2011); a la preservación del medio ambiente (RE nº 627.189

---

7 Véase este rol puramente ilustrativo ante las centenas de decisiones sobre estos temas: derecho administrativo - RE nº 409.356-RG/2012, Relator(a): Min. Luiz Fux; RE nº 682.934-RG/2012, Relator(a): Min. Luiz Fux; ARE nº 646.000-RG/2012, Relator(a): Min. Marco Aurélio; derecho electoral: ARE



– RG/2011); a las garantías procesales criminales referentes al resguardo del derecho a la libertad personal (RE nº 607.107 – RG/2011; RE nº 640.139 – RG/2011; y, RE nº 641.320 – RG/2011); a la restricción de libertad individual por la prisión civil (RE nº 562.051 – RG/2008); y, además, a la protección al derecho a la salud (RE nº 657.718 – RG/2011; AI nº 831.223 – RG/2011; RE nº 578.081 – RG/2008; y, RE nº 573.540 – RG/2008).

### **3. Los Efectos del Nuevo Recurso Extraordinario**

Tradicionalmente, como hemos destacado en el análisis inicial del control difuso de constitucionalidad, los efectos advenidos en el control difuso de constitucionalidad son *inter partes*. El efecto *inter partes* todavía subsiste en la decisión de mérito de la cuestión tratada en el recurso extraordinario.

Sin embargo, la doctrina defiende que la repercusión general inauguró en el sistema de control difuso la atribución de eficacia *erga omnes*; por lo tanto la repercusión general en el recurso extraordinario sería un *tertium genus* situado entre el control difuso (incidental e *inter partes* – subjetivo) y el control concentrado (con efecto vinculante y eficacia *erga omnes* – objetivo) proporcionando la alteración del modelaje constitucional del control difuso (VIANA, 2011, p. 61-66).

Defensor de esta doctrina fue el Ministro Gilmar Mendes quien señaló la superación del subjetivismo en el recurso extraordinario por ocasión del juzgamiento de la Medida Cautelar en el Recurso extraordinario nº 376.852/SC destacando que:

“Este nuevo modelo legal significa, sin duda, un avance en la concepción que caracteriza el recurso extraordinario. Este instrumento deja de tener un carácter marcadamente subjetivo o de defensa del interés de las partes, para asumir, de forma decisiva, la función de defensa del orden cons-

---

nº 664.575-RG/2012, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; enderechofinanciero y tributário: RE nº 614.384-RG/2012, Relator(a): Min Luiz Fux; ARE nº 641.243-RG/2012, Relator(a): Min. Dias Toffoli; RE nº 611.586-RG/2012, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; enderecho de pensiones y beneficios: AI nº 610.793-AgR/2012, Relator(a): Min. Cezar Peluso; RE nº 597.726-AgR/2012, Relator(a): Min. Cezar Peluso; RE nº 607.652-AgR/2012, Relator(a): Min. Cezar Peluso; enderecho procesal: ARE nº 648.629-RG/2012, Relator(a): Min. Luiz Fux; AI nº 664.992-ED/2012, Relator(a): Min. Dias Toffoli; enderecho del trabajo: RE nº 606.003-RG/2012, Relator(a): Min. Marco Aurélio; ARE nº 659.039-RG/2012, Relator(a): Min. Dias Toffoli; RE nº 658.312-RG/2012, Relator(a): Min. Dias Toffoli.

titucional objetiva. Se trata de orientación que los modernos sistemas de Cortes Constitucionales vienen confiriendo al recurso de amparo y al recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*)”.

En el Recurso extraordinario n° 560.626, de relatoría del mismo Ministro, la decisión acordada dio lugar a la inclusión de elementos típicos del control concentrado de constitucionalidad permitiendo la modulación de los efectos para fundamentar que la inconstitucionalidad no produjera efectos sobre los contribuyentes que tuvieran que asumir el pago de contribuciones sociales sin cuestionar, administrativamente o jurisdiccionalmente, los plazos de decadencia y prescripción.

Además, se puede notar que la jurisprudencia del STF asentada en las reflexiones acerca de la repercusión general se traduce en la creación de Sumarios vinculantes que facilitan la vinculación formal de su jurisprudencia y la obligatoriedad de observancia de sus juzgados por los juicos *a quo*, sin posibilidad de disenso acerca de aquellas decisiones, determinando la incidencia de la vinculación formal a sus decisiones, típico elemento del control concentrado de constitucionalidad.

En este sentido se destacan: el Recurso extraordinario n° 565.714, de relatoría de la Ministra Carmen Lúcia, que culminó en el Sumario Vinculante n° 04; el precedente del Recurso Extraordinario n° 567.801, relator Ministro Carlos Alberto, que originó el Sumario Vinculante n° 12; y, el Recurso Extraordinario n° 579.951, relator Ministro Ricardo Lewandowski, que dio origen al Sumario Vinculante n° 13.

Henrique Mouta (2017) defiende que la objetivación adoptada en el recurso extraordinario se dirige a una total “verticalización” de las decisiones del Supremo Tribunal Federal que amplíe el carácter vinculante de las decisiones plenarios, alcanzando inclusive las Reclamaciones constitucionales para extender efectos *erga omnes*, apoyándose en la controvertida posición jurisprudencial del Ministro Gilmar Mendes en la Reclamación n° 4335-5/AC.

El conjunto de modificaciones normativas y el reforzamiento del carácter objetivo de la jurisdicción constitucional, en el ámbito de la competencia del STF, por la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo, deben ser tenidos en cuenta con las debidas precauciones.

Se puede criticar, en el análisis de la decisión del STF en la Reclamación n° 4335-5/AC, de 19.04.2007, relator Ministro Gilmar Mendes, la tendencia del

Tribunal Supremo en argumentar que la superación del dogma de la separación de poderes posibilita una especie de “mutación constitucional” que autoriza equiparar los efectos del control difuso de inconstitucionalidad a los efectos del control concentrado, dotado de eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, entendiéndose no haber la necesidad de cambios normativos para permitir extender la eficacia *erga omnes* a las decisiones del control difuso, y por lo tanto, se podría cambiar los efectos originariamente concebidos en el control difuso, de limitación *inter partes*, por simple decisión judicial en una Reclamación, por ejemplo, aunque no haya cualquier norma constitucional que admita este procedimiento.

Streck, Cattoni y Mont'Alverne (2007) critican este entendimiento informando que la teoría de la “mutación constitucional”, formulada por primera vez en fines del siglo XIX e inicio del siglo XX, por autores como Laband y Jellinek, objetiva adecuar la Constitución a los cambios fácticos que a la época podría traducirse inmodificable por el dogma del normativismo jurídico kelseniano, pero la dicha “mutación constitucional” no está al servicio de contrariar preceptos normativos constitucionales, y, en el caso de la Reclamación nº 4335-5/AC, contrariar la propia Constitución, en el artículo 52, X.

Con acertada razón los autores realizan fuertes críticas a la búsqueda incondicional del Supremo Tribunal Federal por objetivar el derecho constitucional considerando que:

*“en Brasil cada uno interpreta como quiera, decide como quiera, con lo que a cada día crecen tesis instrumentalistas del proceso. (...) La solución ha sido esta: limite el acceso a la justicia. Con el pretexto de celeridad procesal se crean mecanismos para impedir el procesamiento de los recursos. Y quien pierde con esto es la ciudadanía que ve negada la jurisdicción”*(STRECK; CATTONI; MONT'ALVERNE, 2007, p. 29).

La objetivación del recurso extraordinario, como siendo el intento de disminuir la carga de trabajo del Supremo Tribunal Federal no autoriza este mismo tribunal a contrariar la Constitución y cambiar los efectos del control de constitucionalidad difuso de modo a que el STF deje de apreciar casos concretos, típicos de esta modalidad de control, valiéndose de la Reclamación Constitucional para conceder eficacia *erga omnes* a sus decisiones, tanto por carecer de fundamento constitucional para ello, como porque la misma Constitución determina que el modo de uniformizar jurisprudencia en el control difuso de

constitucionalidad es por medio de la creación de Sumarios vinculantes, conforme procedimiento constitucional establecido.

La decisión no sólo ofende el artículo 52, X, de la Constitución, que ya fue adecuado por la dicha “mutación constitucional” para extensión de efectos con eficacia *erga omnes* por los Sumarios vinculantes, como desconsidera el procedimiento de aprobación de los mismos sumarios para lograr esta ampliación de los efectos, lo que resultaría en decisión absolutamente inconstitucional proferida por la Corte Suprema, desacreditando la legitimidad de su jurisdicción como guardia de la Constitución.

Es que el art. 52, X, de la CF/88, determina que es competencia privativa del Senado Federal suspender la eficacia, total o parcial, de ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal en decisión definitiva de mérito. Sin embargo, el artículo 103-A, de la CF/88, matizó esta competencia adecuando la Constitución a la relectura del dogma de separación de poderes, para que se dejara de hablar de absoluta separación y se pudiera hablar de cooperación entre los poderes, permitiendo que el STF conceda eficacia *erga omnes* a las decisiones de inconstitucionalidad surgidas en el control difuso, desde que se apruebe Sumario vinculante por dos tercios de sus Ministros vinculando a los demás órganos del Poder Judicial y, además, vinculando la Administración pública a obedecer la decisión.

A pesar de esta expresa determinación constitucional la motivación del Tribunal Supremo, en la Reclamación n° 4335-5/AC, intenta inaugurar una total flexibilización de la objetivación procesal, lo que entendemos que carece de legitimidad constitucional.

En que pesen las incursiones de sectores de la doctrina y de la jurisprudencia por una total objetivación de todos los recursos y acciones referentes al control difuso de constitucionalidad en Brasil, ultrapasando lo determinado por la Constitución, hay que destacar que si el objetivo a ser alcanzado es descargar de trabajo al STF el tema que se debe poner de manifiesto es descentralizar la toma de decisiones judiciales permitiendo que los jueces y tribunales ordinarios sean los primeros y principales garantes de la Constitución.

Todo el tema pasa por la readequación de los efectos del control difuso de inconstitucionalidad al nuevo orden constitucional inaugurado con la Enmienda n° 45/2004.

Sin embargo, no se pudo dejar de tener en cuenta que tradicionalmente en el control difuso los efectos derivados de la decisión de inconstitucionalidad serían restringidos a las partes. La suspensión de la ejecución de leyes juzgadas in-

constitucionales serían de competencia del Senado Federal después de decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal; esto es, la suspensión de la ejecución de la ley inconstitucional en el control difuso dependería de la actuación del Senado Federal sin la cual la ley inconstitucional seguiría produciendo efectos en los demás casos concretos que no fueron afectados por la decisión.

Es cierto, que la división entre los poderes enunciada por Montesquieu revela con cuidadoso estudio que más allá de la separación de poderes se pretende una interacción entre ellos que proporcione la descentralización de las funciones estatales trayendo el equilibrio que evitaría la concentración de poderes y la consecuente arbitrariedad (WEFFORT, 1991).

En el ordenamiento brasileño subsiste la antigua idea de separación absoluta entre los poderes en el artículo 52, X, de la Constitución Federal previendo la necesidad de actuación del Poder Legislativo para retirar de eficacia de la ley, lo que se presenta en situación de contradicción con el restante texto constitucional que reconoce al Supremo Tribunal Federal su tarea de legislador negativo.

En crítica a dicha previsión constitucional Zeno Veloso (2000, p. 56) afirma que es necesaria una reforma que establezca eficacia *erga omnes* y efecto vinculante para el control difuso, tal como ocurre en el control concentrado, ya que la Constitución de 1934, que confirió la respectiva competencia del Senado se basara en criterios rígidos de separación de los poderes que hoy vemos superados.

Gilmar Mendes (1999, p. 394), desde el mismo punto de vista, indaga:

*¿si el Supremo Tribunal Federal puede suspender la eficacia de una ley por medio del control concentrado, por qué la declaración de inconstitucionalidad en el control difuso tendría que mantener efectos entre las partes aguardando la suspensión por el Senado?*

No hay plazo legal que reglamente el período en que el Senado debe manifestarse sobre determinada norma que fue declarada inconstitucional en el control difuso. La consecuencia es la continuidad en la aplicación de la ley declarada inconstitucional a los casos semejantes, pues sin la suspensión por el Senado Federal, la norma continúa produciendo efectos en los otros casos en los que no fue suscitada la inconstitucionalidad.

Matizando este problema la Enmienda Constitucional nº 45, incluyó el art. 103-A en la Constitución Federal con lo cual todos los mecanismos jurisdiccionales de integración entre los controles concentrado y difuso son: el efecto vinculante, en el control concentrado; y, los Sumarios vinculantes, en el control difuso de las decisiones del Supremo Tribunal Federal (ARRUDA, 2006, p. 69).

Las dificultades para obtener mecanismos de articulación entre los controles de constitucionalidad difuso y concentrado derivan justamente de la dificultad de asociar la vinculación del derecho por la actividad jurisprudencial, tradición del *common law*, con la supremacía de la ley consagrada por el sistema del *civil law*. Se presenta un problema: fijar paradigmas por medio de la uniformización jurisprudencial sería dotarla de fuerza de ley, alejando el adecuado análisis a los futuros casos semejantes. La aproximación de los dos modelos evidenció tanto la necesidad de desarrollo de instrumentos de integración jurídica, típicos de las sentencias interpretativas adoptadas en el control concentrado, como la importancia de la construcción de argumentos coherentemente pautados por las razones y por los fundamentos de la declaración de inconstitucionalidad levantada en el curso de las controversias judiciales iniciadas en el control difuso (ARRUDA, 2006, p. 111).

Se debe considerar aún que la relación entre los sistemas de control de constitucionalidad solo demostrará mayor articulación, en la medida en que sea respetada la autoridad de las decisiones de la Corte Constitucional y, al mismo tiempo, que sea hecha una relectura de los moldes de vinculación de la jurisdicción infraconstitucional a las decisiones del STF, para implantar mecanismos que ofrezcan eficacia *erga omnes* a las decisiones definitivas de inconstitucionalidad emitidas por la Corte Suprema, en el control difuso, a partir del diálogo compartido entre las dos esferas judiciales.

Antonio Maués (2003) asevera que buscar la uniformización de la jurisprudencia constitucional por los medios de la coacción, y no del consenso, refleje la existencia de problemas de legitimidad de la Justicia constitucional, particularmente en lo que se refiere al papel del propio Supremo Tribunal Federal. Argumenta que la justicia constitucional solamente se volvió posible cuando la soberanía del legislador dio lugar a la supremacía de la Constitución: alejase el predominio de la voluntad política de la mayoría gobernante de cada momento, para ceder espacio a la voluntad de la mayoría constituyente en la Carta Magna. Resalta el autor que ante las “*incertidumbres que guían las intenciones del legislador constituyente, la idea de que la justicia constitucional debe proteger la volun-*

*tad constituyente de la voluntad de la mayoría parece insuficiente para legitimarla”*  
(MAUÉS, 2003, p. 27).

## Conclusión

La articulación entre los modelos concentrado y difuso de control de constitucionalidad presupone el respeto a las decisiones del Supremo Tribunal Federal y el diálogo entre las razones y fundamentos extraídos a partir del análisis del caso concreto.

Conceder eficacia *erga omnes* a las declaraciones de inconstitucionalidad dimanadas del control difuso proporcionará más activamente una “*vía de doble sentido*”, en el sentido de propugnar los efectos de inconstitucionalidad tanto del control concentrado al control difuso (del *vértice a la base*), como de la fiscalización difusa a la concentrada (de la *base al vértice*).

En un primer momento, el análisis de una “*vía de mano doble*” en la producción de los efectos de constitucionalidad parecería innecesario, pues los dos modelos de evaluación de la inconstitucionalidad conviven en el sistema brasileño desde 1965; sin embargo, lo que se verifica hoy en la práctica es la conformación de todo el sistema difuso de inconstitucionalidad con una “*única vía*”: la que atribuye eficiencia *erga omnes* y efecto vinculante a las declaraciones de constitucionalidad del Supremo Tribunal Federal en el control concentrado, además de los Sumarios vinculantes que obligan al control difuso y que convive con la repercusión general y la trascendencia constitucional.

En el caso de que la Corte Suprema tenga en cuenta las decisiones *a quo*, que fundamentaron el control difuso de inconstitucionalidad, se concederá a las decisiones del Supremo Tribunal Federal mayor grado de coherencia con la realidad social, debido a que se fundamenta en el análisis concreto del caso.

La actuación de la justicia constitucional en la aplicación directa de las normas constitucionales le concede, además de la función de defensa de la Constitución, la función creadora, ofreciendo criterios generales y guías de actuación a los poderes públicos.

Creemos que la vinculación de la jurisprudencia, según los ordenamientos jurídicos actuales consiste en la posibilidad de exigibilidad, y no en la coacción de entendimiento por autoridad jerárquicamente superior. La diferencia es crucial, en la medida en que la exigibilidad aparece de la necesidad

de uniformización jurisprudencial a partir de decisiones fundamentadas en las relaciones de hecho, que comporten la posibilidad de volverse reglas de conducta; mientras que la coacción asume el contenido de un entendimiento autoritario que demuestra discrepancia con la realidad social (ARRUDA, 2006, p. 105-106).

La combinación adecuada entre los controles concentrado y difuso dependerá de la articulación entre ellos, que permitirá compartir argumentos para la declaración de inconstitucionalidad, representando mayor coherencia con las relaciones jurídico-sociales, susceptibles de legítima exigibilidad (ARRUDA, 2006, p. 107).

## Referencias

AMORIM, Aderbal Torres de. *O novo recurso extraordinário: Hipótese de interposição, repercussão geral, amicus curiae, processamento, jurisprudência, súmulas aplicáveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional: Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BAKER. A practical guide to certiorari. *Catholic University Law Review*. Vol. 33, nº 03, 1984, p. 611-632. 1984.

BARBOSA MORERA, José Carlos. A Emenda Constitucional 45 e o processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 33, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. Repercussão geral no projeto de novo Código de Processo Civil. In.: PAULSEN, Leandro (Coord.) *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Estudos em Homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 135-150.

CHEMERINSKY, E. Bush v. Gore loss not justiciable. *Notre Dame Law Review*, Vol. 76, nº 04, 2001, p. 1073-1.112.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo (Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*. Madrid: Dykinson, 2007.



FRANFURTER & FISHER. The business of the Supreme Court at the october terms, 1935 and 1936". *Harvard Law Review*. Vol. 51, nº 04, 1938, p. 577-637.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*. Madrid: Editorial Reus, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAUÉS, Antonio. *Estudos de direito constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MOUTA ARAÚJO, José Henrique. Verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária". Disponible en: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose\\_henrique\\_mouta\\_araujo.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_henrique_mouta_araujo.pdf)>. Acceso en: 20 de marzo de 2017.

PROVINE, D. M. *Case selection in the United States Supreme Court*. Chicago: University Chicago Press, 1980.

REHNQUIST, W. H. Seen in a glass darkly: the future of the Federal Courts. *Wisconsin Law Review*, Vol.1, 1993. Págs 11-12.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MONTALVERNE BARRETO LIMA, Martonio. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponible en: <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso)>. Acceso en: 20 de marzo de 2017

TUSHNET, Mark. *Making constitutional law: Thugood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991*". New York: Oxford University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. *Making civil rights law: thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961*. New York: Oxford University Press, 1994.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

VIANA, UlissesSchwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? *EstudosAvançados*2004, vol.18, no.51, p.195-207.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Editora Ática, 1991

# La Autoridad de las Sentencias de la Corte Interamericana y los Principios de Derecho Público Argentino: Comentarios sobre el Caso “Fontevicchia” de la Corte Suprema

Victor Abramovich<sup>1</sup>

En el caso “Fontevicchia”<sup>2</sup> la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de Argentina cambió su postura acerca de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan al Estado argentino a dejar sin efecto decisiones judiciales. Pero el precedente podría tener también consecuencias en el valor constitucional de los tratados de derechos humanos. Van aquí algunas primeras reflexiones con el fin activar el debate.

En casos previos, como en el caso “Espósito” que correspondía a la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bulacio”, la Corte Suprema había establecido que el margen de decisión de los tribunales argentinos quedaba acotado por la integración del país en un sistema de protección internacional de derechos humanos, lo cual obligaba a cumplir las decisiones de la corte interamericana que eran obligatorias y vinculantes para el Estado en los términos del artículo 68 de la Convención Americana.<sup>3</sup> Esa obligación existía aun cuando no se estuviera de acuerdo con lo decidido, e incluso si se advertía contradicción con el propio orden constitucional. En el posterior caso “Derecho” que correspondía a la ejecución de la sentencia internacional del caso “Bueno Alves” la corte mantuvo

- 
- 1 Director de la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (Argentina). Profesor regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia. Ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
  - 2 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14 de febrero de 2017.
  - 3 CSJN, *Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, 23 de diciembre de 2004, considerandos 6 y 10.

con amplia mayoría esa interpretación, y con base en esos fundamentos revocó una sentencia que había declarado la prescripción de la causa en la que se investigaba a un policía por tortura.<sup>4</sup>

Estas decisiones evidenciaban un compromiso potente de apertura del sistema legal argentino hacia el sistema interamericano, y eran consecuencia de un proceso jurídico y político previo que le daba sustento y cuyo puntos culminantes fueron la aprobación de los principales tratados de derechos humanos en la transición democrática de los ochenta, la reforma de la Constitución de 1994, la incorporación posterior de varios tratados a la norma constitucional por mayoría calificada del Congreso, y la anulación legislativa por un amplio consenso multipartidario de las leyes de obediencia debida y punto final en 2003.

En el reciente caso “Fontevecchia” la Corte Suprema dio marcha atrás con aquella posición de apertura, y sostuvo que si bien las decisiones de la Corte Interamericana son “en principio” de cumplimiento obligatorio, no deberían ser cumplidas si el tribunal interamericano actuó en exceso de su competencia,<sup>5</sup> o bien cuando la condena es de cumplimiento imposible por contradecir “principios de derecho público constitucional argentino”<sup>6</sup>.

En el caso entendió que la Corte Interamericana se había excedido de su competencia al imponer la revocación de una decisión previa de la propia Corte que en 2001 había condenado civilmente a dos periodistas. Entendió que el tribunal interamericano no contaba con atribuciones para imponer la revocación de una sentencia, pues no era una “cuarta instancia” del sistema judicial argentino.<sup>7</sup> Por otro lado sostuvo que imponer a la propia corte que revise una decisión firme, cuestionaba su condición de órgano supremo del Poder Judicial nacional de acuerdo con el artículo 108 de la Constitución, y contradecía principios fundamentales del derecho público que funcionan como un límite para la implementación de las decisiones internacionales.<sup>8</sup>

---

4 CSJN, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal —causa n° 24.079—*, 29 de noviembre de 2011, considerandos 4 y 5.

5 CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., considerando 12.

6 *Idem.* considerandos 16 y 17

7 *Idem.* considerando 8.

8 *Idem.* considerando 17.

En primer lugar, el análisis que realiza la corte sobre las competencias del tribunal interamericano subvierte el principio básico de que el tribunal internacional es juez único de sus propias competencias, regla que por lo demás es la que sostiene todo el tinglado del sistema interamericano de derechos humanos y de otros sistemas de justicia internacional<sup>9</sup>. En el caso además el Estado argentino a través de la representación de la Cancillería no cuestionó la competencia de la Corte Interamericana, ni alegó exceso de sus poderes remediales, cumpliendo incluso parcialmente con la condena, e impulsando su cumplimiento por la propia corte. Nada impide por supuesto que en un caso la corte suprema en ánimo de diálogo constructivo como propone un sector de la teoría constitucional impugne el ejercicio de autoridad de la Corte Interamericana, como lo hicieron algunos jueces en el precedente "Espósito", pero en todo caso ese juicio crítico sobre el ejercicio de la competencia que puede llevar al sistema interamericano incluso a rever en el futuro su actuación, no puede conducir al extremo de negar fuerza obligatoria a la condena. En "Espósito" la corte discutió y protestó por lo que entendió un ejercicio excesivo de las facultades del tribunal internacional, pero acató.<sup>10</sup> En "Fontev ecchia" el supuesto exceso de competencia sirvió para alzarse en contra del cumplimiento del fallo. No tuvo un tono dialógico, sino que expresó una disputa de autoridad.

Por otro lado, el argumento relativo a que el tribunal regional no es una "cuarta instancia" de los sistemas de justicia nacionales, no sirve en mi opinión para discutir el alcance del poder remedial de la Corte Interamericana. La fórmula de la cuarta instancia se refiere simplemente a que la Corte Interamericana no revisa el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales.<sup>11</sup> En virtud de esta regla se limita en ese aspecto el margen de revisión del caso litigioso para que el sistema interamericano sea subsidiario de los sistemas judiciales nacionales. Pero la corte interamericana si examina si una decisión judicial violó la Convención

---

9 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, Serie C No. 55, sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrs. 31-33.

10 CSJN, *Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, cit., considerandos 12 y 15.

11 Corte IDH, *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 265, sentencia de 22 de agosto de 2013, párr. 140; CIDH, *Santiago Marzióni, Argentina*, Informe N° 39/96, Caso 11.673, 15 de octubre de 1996, párrs. 50 y 51.

Americana, por ejemplo al negar el debido proceso, o limitar arbitrariamente un derecho de la Convención, como la libertad de expresión, la libertad sindical, la nacionalidad o la defensa en juicio. Si concluye que lo hizo, su poder remedial no se limita a fijar reparaciones patrimoniales, sino que puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos. Técnicamente la Corte Interamericana no revoca la decisión, porque no es un tribunal superior resolviendo un recurso de apelación dentro de un único proceso, y en eso la corte suprema argentina tiene razón. El proceso internacional es un nuevo proceso, diferente al interno, con sus instancias, sus propias partes litigantes, su sistema de prueba y de responsabilidad y su propio aparato remedial. Lo que hace la Corte Interamericana es ordenarle al Estado que adopte los mecanismos necesarios para dejar sin efecto o privar de efectos jurídicos a la decisión. En ocasiones la Corte Interamericana manda a seguir adelante una investigación indicando que no puede oponérsele obstáculos a eso, lo que implícitamente obligará al Estado por los mecanismos que el propio Estado disponga, a reabrir ese proceso si hubiera sido cerrado en sede judicial. No altera esta facultad el hecho de que la decisión judicial que se dispone revisar provenga de la máxima instancia del Poder Judicial del Estado. Todas las instancias del Estado están obligadas por la Convención Americana en la esfera de su competencia, a dar cumplimiento de buena fe a las sentencias de la corte de acuerdo al artículo 2 y 68 de la Convención (un aspecto del principio de “control de convencionalidad” que desarrolla con mayor precisión la Corte Interamericana en la resolución de cumplimiento del caso “Gelman”).<sup>12</sup> Así como el tribunal de derechos humanos puede imponer al Congreso que es cabeza máxima del Poder Legislativo, cambiar una ley, o bien al Presidente, que es cabeza del Poder Ejecutivo revisar un acto administrativo, puede imponer a la corte suprema, o a los tribunales superiores, o a las cortes constitucionales, que son cabeza de los poderes judiciales, revisar o anular una sentencia por los caminos que la legislación de cada Estado determine.<sup>13</sup>

La competencia convencional de la Corte Interamericana para ordenar que se revisen sentencias de tribunales nacionales es coherente con el principio del

---

12 Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Serie C No. 221, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193.

13 Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, considerando 59. En igual sentido, Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros*

previo agotamiento de los recursos internos que contribuye a definir su papel subsidiario. Sería absurdo que la Convención por un lado disponga que las víctimas deben agotar los procesos judiciales nacionales antes de acceder con sus demandas al sistema de protección internacional, y luego inhibiera a los órganos del sistema de revisar el alcance de esas decisiones judiciales. Si así fuera las víctimas quedarían en medio de una trampa.

Pero además, si la cosa juzgada en la esfera nacional fuera rígida e inmodificable, la justicia internacional de derechos humanos no tendría razón de ser, se limitaría a adjudicar pagos de dinero para compensar aquello que el dinero no puede nunca compensar, como la vida o la integridad física, o la libertad personal, o la autonomía reproductiva, sin poder restituir a las víctimas en el goce de sus derechos conculcados, que es lo que manda a hacer el artículo 63.1. de la Convención Americana. La Convención entiende por reparación precisamente hacer cesar los efectos de la violación, y restituir a la víctima en lo posible a la situación previa al agravio. Sí la Corte no pudiera ordenar remedios que apunten a ello, simplemente no existiría tutela internacional efectiva. No hubiera podido, por ejemplo, la Corte Interamericana obligar a revisar sentencias del Tribunal Constitucional de República Dominicana que cancelaron arbitrariamente la ciudadanía y sometieron a la apatridia a inmigrantes haitianos,<sup>14</sup> ni condenas injustas como los procesos "antiterroristas" peruanos de Fujimori,<sup>15</sup> o

---

*(Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, resolución de 26 de febrero de 2016, considerando 7. La Corte IDH sostiene: "(...) Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional".

- 14 Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 282, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párrs. 311 y 314 y puntos resolutive 13-15; Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, punto resolutive 8.
- 15 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Serie C No. 33, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, punto resolutive 5; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 52, Sentencia de 30 de mayo de 1999, punto resolutive 13.

las condenas a pena de muerte en Guatemala,<sup>16</sup> Trinidad y Tobago<sup>17</sup> y Barbados,<sup>18</sup> o las condenas a perpetua a menores de edad en Argentina,<sup>19</sup> o la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense que prohibió la práctica de fertilización in vitro,<sup>20</sup> o bien imponer la reapertura de procesos cerrados sin cumplir con el deber de investigación penal, en Perú (Barrios Altos),<sup>21</sup> Colombia (Gutiérrez Soler),<sup>22</sup> Chile (Almonacid),<sup>23</sup> Uruguay (Gelman),<sup>24</sup> Brasil (Guerrilla de Araguaia),<sup>25</sup> o que se reconduzcan investigaciones penales desarrolladas con negligencia, como en Bolivia (Ibsen Cárdenas),<sup>26</sup> o México (Campo Algodonero),<sup>27</sup> entre muchos otros casos de crímenes masivos, o bien

---

16 Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 126, Sentencia de 20 de junio de 2005, punto resolutive 9; Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 133, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, punto resolutive 8.

17 Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 94, Sentencia de 21 de junio de 2002, punto resolutive 11.

18 Corte IDH, *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 169, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, punto resolutive 6; Corte IDH, *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 204, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, puntos resolutivos 11 y 12.

19 Corte IDH, *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, Sentencia de 14 de mayo de 2013, punto resolutive 21.

20 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 257, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 157/58 y punto dispositivo 2.

21 Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo, Serie C No. 75, Sentencia de 14 de marzo de 2001, punto resolutive 5.

22 Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*, Serie C No. 132, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, punto dispositivo 1.

23 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 154, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, punto resolutive 5 y 6.

24 Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221, Sentencia de 24 de febrero de 2011, punto resolutive 9.

25 Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 219, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, punto resolutive 9.

26 Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 217, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, puntos resolutivos 7 y 8.

27 Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 205, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, puntos resolutivos 12-14.



de patrones de violencia institucional. Por lo demás, esto es lo que hizo la Corte Interamericana desde que fue creada en los años setenta, sin advertir como ahora advierte la corte argentina en una relectura del artículo 63.1 de la Convención Americana, que no tenía competencia remedial para hacerlo.

En el caso "Fontev ecchia" la Corte Interamericana ordenó revisar la condena civil contra dos periodistas.<sup>28</sup> Este remedio tampoco es novedoso en su jurisprudencia sobre libertad de expresión, desde el famoso caso "Herrera Ulloa"<sup>29</sup> contra Costa Rica, que fue copiosamente citado por la Corte Suprema argentina. Si bien las víctimas podían obtener la devolución de las sumas abonadas en esa condena por la vía de una reparación económica a cargo del Estado, lo que la corte regional buscaba era borrar los efectos de la condena civil dictada en violación de la libertad de expresión, por sus efectos inhibitorios sobre la expresión de los periodistas y los medios de prensa, y ese punto es el que la corte local se negó a cumplir. La implementación de la revisión de la condena original no presentaba graves problemas de debido proceso, pues el principal afectado, quien había ganado el juicio que se ordenaba revisar, había sido citado a ejercer sus derechos en el trámite a instancias de la Procuración General, y no manifestó objeción al cumplimiento.<sup>30</sup> Por lo demás, la revisión de la condena civil no implicaba la obligación de devolver las sumas cobradas, que habían sido cubiertas por el propio Estado. En el caso entonces la corte no logra identificar derechos que se verían lesionados por la revisión de la sentencia, sino que invoca únicamente la supuesta afectación de sus propias prerrogativas.

Cumplir con la condena consistía precisamente en activar el proceso de revisión y en su caso disponer la revocación de la sentencia. Si en el trámite alguna parte hubiera invocado obstáculos jurídicos insalvables, el tema podría haber sido materia de examen y decisión de la propia corte. En el derecho comparado,

---

28 Corte IDH, *Caso Fontev ecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 238, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 105 y punto resolutive 2.

29 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 107, Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 195 y punto resolutive 4; en similar sentido ver Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 193, Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 195 y punto resolutive 14.

30 CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontev ecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit. considerando 5.

por ejemplo en Colombia, la normativa<sup>31</sup> establece un proceso de revisión de sentencias de los tribunales nacionales cuando un tribunal internacional aceptado por Colombia, como la Corte Interamericana, determina que esa sentencia se dictó en violación del debido proceso o con incumplimiento grave del deber de investigar. Los tribunales tramitan el recurso de revisión y deciden revocar salvo que encuentren obstáculos insalvables para ello. El deber de cumplir con la sentencia no implica en ningún caso la imposición de un acatamiento ciego de la decisión interamericana, sino la implementación de buena fe de un proceso serio y efectivo de revisión que permita darle a esa decisión final de un caso contencioso internacional un efecto útil.

Una lectura acotada del precedente “Fontevicchia” indica que la corte sólo se negó a revisar una condena firme que ella misma había dictado, pero que la situación sería diferente si se tratara de revisar decisiones de tribunales inferiores que no pusieran en juego la supremacía de la propia corte. En mi opinión más allá del alcance del fallo concreto, lo cierto es que el tribunal abrió la puerta para discutir en el futuro la competencia remedial de la corte interamericana para revisar sentencias de tribunales nacionales, y el argumento de la cuarta instancia con el alcance peculiar que le da la corte local, sirve para poner un límite a otras órdenes de revisión de sentencias, cualquier fuera la instancia que las dicte, lo que le daría a “Fontevicchia” una proyección mayor.

Pero el punto más conflictivo de toda la decisión está en el argumento de la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino que funciona como “valladar” infranqueable de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales incluso de los que han sido constitucionalizados. Este argumento se basa en la lectura particular del artículo 27 de la Constitución que dice que los tratados que firme el gobierno federal deben respetar los principios de derecho público de la Constitución. Esta interpretación, retoma la tesis disidente de Fayt (por ejemplo en “Simón”),<sup>32</sup>

---

31 Ver al respecto, Corte Constitucional sentencia C-004/03 que interpreta el alcance del recurso de revisión en materia penal.

32 CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C.*, Sentencia del 14 de junio de 2005, disidencia del Juez Fayt, considerando 44.

“Espósito”<sup>33</sup> y “Derecho”<sup>34</sup>), y tiene una enorme significación, pues trasciende de la cuestión del cumplimiento de las decisiones de la corte interamericana, y de acuerdo a sus futuros desarrollos, puede implicar un cambio importante de interpretación del propio artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional que formaliza la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. Implica nada menos que el retorno como posición hegemónica de una visión dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno, esto es, la afirmación de la existencia de dos sistemas normativos diferentes, dos planetas que giran cada uno en su órbita, y que requieren siempre una norma o acto de habilitación para que la norma internacional se integre al orden jurídico nacional sin alterar su núcleo identitario (SHAW, 2008, p.131).

La tesis contraria, similar a la que sostiene la Corte Constitucional colombiana, y que era mayoritaria en la corte argentina hasta “Fontevicchia”, sostiene que los tratados incorporados a la Constitución, y el resto de la norma constitucional, conforman una única estructura jurídica, un “bloque de constitucionalidad”. Ese bloque normativo debe ser interpretado como una unidad, buscando coherencia entre sus normas. Ello conduce a una interpretación que no pretende desplazar una norma por otra superior originaria, ya que normas de igual rango no pueden invalidarse mutuamente. Dicho en otros términos, no existe un “valladar” de principios de derechos público argentino que nos resguarda de las amenazas exógenas de los tratados de derechos humanos, por cuanto esos tratados integran plenamente el orden constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución, y los principios rectores que recogen conforman ellos también el derecho público del país. En ese punto, para la tesis del “bloque de constitucionalidad”, no puede leerse el artículo 27 separado del artículo 75 inciso 22. La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana establecida en el artículo 68 de la Convención Americana es un principio fundamental del derecho público constitucional argentino, tanto como aquel del artículo 108 de la Constitución que asigna a la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial. La posición del bloque único parte de una clara premisa política:

---

33 CSJN, *Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, cit., disidencia del Juez Fayt, considerando 13.

34 CSJN, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal —causa n° 24.079—*, cit., disidencia del Juez Fayt, considerando 7.

cuando el poder constituyente llevó los tratados a la Constitución analizó que eran compatibles con ella, de modo que no corresponde a los jueces presuponer contradicciones entre el tratado y la constitución originaria, pues sería equivalente a admitir contradicciones entre dos normas del texto constitucional (UPRIMNY, p. 2-3). Así, el artículo 27 debe ser leído como un mandato para el gobierno federal a la hora de celebrar tratados internacionales, pero no como un límite pétreo para el poder constituyente, que puede colocar los tratados de derechos humanos en la cima de la Constitución, y de ese modo configurar de manera dinámica los principios de derecho público del orden constitucional argentino.

Ahora bien, una primera proyección de la tesis dualista que ahora se impone, es la posibilidad ejercida por la corte argentina como guardián de la ley en “Fontevicchia”, de someter la condena internacional a una suerte de exequatur para determinar si se adecúa o no a ese orden público originario, quitándole fuerza vinculante a aquellas decisiones que no se ajusten a sus principios. Esta tesis cuyo principal problema es precisamente la definición de ese “orden público”, es similar a la que plantean otros tribunales americanos, como la sala constitucional del tribunal supremo venezolano en el caso de Apitz de 2008, en el cual se negó a cumplir una orden de la Corte Interamericana que obligaba a reincorporar jueces destituidos, y que sirvió de preludio a la denuncia de la Convención<sup>35</sup>.

La Corte Suprema argentina, ha utilizado la teoría del “exequátur”, rechazando la ejecución de sentencias de jueces extranjeros por afectación del “orden público” nacional en disputas índole económica. El principio fue consagrado en la legislación procesal y aplicado reiteradamente por la Corte Suprema. En 2014, en el caso Claren, por ejemplo, la corte, en base a ese principio, negó la ejecución de una decisión del Juez Griesa de New York, que había condenado al estado argentino a abonar a un grupo de bonistas que no habían entrado en la reestructuración de deuda, el valor nominal de los bonos. La corte consideró que la pretensión de hacer efectiva esa sentencia extranjera violaba principios de orden público expresados en las leyes sucesivas que diferían el pago de los bonos y en las competencias del Estado argentino

---

35 Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Sala Constitucional), Expediente No. 08-1572, Sentencia Nº 1939 del 18 de diciembre de 2008; en similar sentido ver Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0168/13 del 23 de septiembre de 2013.

para reestructurar la deuda pública y sus servicios de deuda en situaciones de crisis económicas a fin de poder cumplir sus funciones esenciales<sup>36</sup>. Pero en el caso “Fontevéchia” no se discutía la ejecución de una sentencia de un tribunal extranjero, sino de un tribunal internacional creado por un tratado que el Estado integró soberanamente en su propio ordenamiento constitucional reconociendo su fuerza vinculante.

La cuestión como anticipamos excede el cumplimiento de las condenas internacionales, pues el “valladar de los principios de derecho público de la Constitución” podría limitar también la aplicación del tratado de rango constitucional en la esfera nacional, y conducir a una revisión de toda la arquitectura constitucional. Los ex magistrados Belluscio (en casos Petric<sup>37</sup> y Arancibia Clavel)<sup>38</sup> y Fayt (Arancibia Clavel)<sup>39</sup> expresaron esta idea con claridad cuando sostenían, por entonces en minoría en la corte, y en base a parecidos fundamentos, que los tratados incorporados en la reforma de 1994 eran normas constitucionales, pero de segundo rango, pues regían en la medida que no contradijeran la constitución en su texto original. Si bien la mayoría de la corte en “Fontevéchia” no usa el mismo lenguaje, y no adhiere por ahora explícitamente a esa postura, parece plantear (párrafo 19 de la sentencia) una suerte de subordinación de los tratados de derechos humanos, aún de aquellos de rango constitucional como la Convención Americana, a ese puñado de principios inconstitucionales que recoge el artículo 27 de la Constitución. Como si esos tratados para regir constitucionalmente debieran atravesar el tamiz de los principios rectores. Qué ocurrirá si como hipótesis extrema un nuevo intérprete constitucional entendiera que los derechos y principios jurídicos que traen esos tratados y sus estándares interpretativos, como el derecho a la vivienda y al agua, a la consulta indígena, a la igualdad e identidad de género, o la imprescriptibilidad de los crímenes masivos, colisionan con los principios fundamentales de derecho público ar-

36 CSJN, *Claren Corporation c/ E.N – arts. 517/518 CPCC exequátur s/ varios*, Sentencia del 6 de Marzo de 2014, considerandos 6-9.

37 CSJN, *Petric, Domagoj Antonio c/ diario Página 12*, Sentencia del 16 de abril de 1998, disidencia del Juez Belluscio, considerando 7.

38 CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-*, Sentencia del 24 de agosto de 2004, disidencia del Juez Belluscio, considerando 15.

39 CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-*, Sentencia del 24 de agosto de 2004, disidencia del Juez Fayt, considerando 24.

gentino, inducidos del texto liberal conservador de la constitución originaria, modelada en el ideario del siglo XIX. El muro divisorio que construyó la corte para evitar la amenaza de autoridad de la jurisdicción interamericana, podría deparar nuevas pautas interpretativas de la toda la carta de derechos posiblemente en una tendencia regresiva.

Es verdad que la reforma de 1994 expresamente estableció que los tratados de derechos humanos que se incorporan a la Constitución no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución –la parte dogmática que recoge los principales derechos- y deben entenderse complementarios de esos derechos y garantías. Pero esta regla hasta ahora ha sostenido la tesis de la unidad en un solo bloque de los tratados y el resto de la Constitución, y no ha sido leída como expresión de que los tratados deben subordinarse o ajustarse a los límites que imponen los principios de derecho público que expresa el contenido original de la Constitución. Dicho más claro, no se ha interpretado la regla para degradarlos a un segundo rango constitucional.

Esta última cuestión sumamente espinosa está lejos de consolidarse en “Fontevicchia”, y es esperable que la corte aclare en sucesivos casos el alcance que le brinda al artículo 27 de la Constitución, en especial si entiende que esa norma además de justificar el exequatur de las sentencias de la Corte Interamericana, sirve de apoyo para cambiar la interpretación tradicional que mantuvo al menos durante los últimos 20 años acerca de la jerarquía constitucional de los tratados.

La reivindicación de la soberanía judicial que realiza la corte argentina no sólo debilita el compromiso de participación de nuestro país en el sistema interamericano. Limita la utilidad de ese ámbito que ha funcionado históricamente para dirimir conflictos sobre derechos básicos. En especial, de los sectores sociales que presentan mayores dificultades para hacerse oír en las distintas esferas del Estado federal y provincial, y que acuden allí como recurso extremo de justicia. Son esos sectores de la ciudadanía quienes han legitimado ese espacio regional, más allá de las justificadas críticas que sus procedimientos y decisiones pueden merecer y los cambios institucionales que se pueden impulsar. No estamos sólo ante una disputa de autoridad entre tribunales. Los casos contenciosos complejos que se dirimen en el sistema interamericano no suelen tener un final definitivo en ninguna instancia. Esta situación es similar a la de las decisiones estructurales de la corte que se prolongan en largas ejecuciones en busca de justicia. Las

decisiones de la Corte Interamericana, aun reconociéndolas formalmente obligatorias, dependen siempre de la implementación que realizan las instituciones nacionales, y de la presión social que puedan movilizar las víctimas y las organizaciones que las apoyan (ABRAMOVICH, 2011). El sistema internacional se sostiene necesariamente en esos mecanismos domésticos de implementación, y ese punto es clave para entender qué significa que sus sentencias son “obligatorias” y cómo funciona en la práctica la relación entre las diversas esferas de decisión. La corte regional en sus sentencias le envía a los Estados una partitura, pero son las instancias nacionales y provinciales las que con sus propios instrumentos ejecutan la música. Por eso, la autoridad de la corte interamericana nunca es final, ni tampoco es suprema, sino que es complementada por los mecanismos nacionales. Pero la autoridad de la corte argentina, al menos ante los casos que se tramitan en instancias internacionales de derechos humanos, tampoco es final, ni definitiva. Por eso no dudamos en afirmar que el caso “Fontevéchia” no ha tenido un cierre. El incumplimiento de la sentencia internacional configura una nueva violación de la Convención Americana que podrá ser materia de responsabilidad estatal. Se tramitará una instancia de seguimiento en Costa Rica que obligará a activar respuestas legales al Poder Ejecutivo, y es probable que el asunto termine en la imposición de nuevas obligaciones jurídicas, de manera similar al contrapunto generado con la justicia uruguaya en el caso “Gelman”<sup>40</sup> y de Costa Rica en el caso “Artavia Murillo”<sup>41</sup>.

Para reducir la incertidumbre, sería conveniente que el Congreso reactive el debate de este asunto, y avance en la sanción de una ley reglamentaria del artículo 75 inciso 22 de la Constitución, diseñando mecanismos de ejecución de decisiones internacionales que aseguren reparación adecuada de las víctimas, y la restitución de sus derechos conculcados.

---

40 Resolución de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de Sentencia, considerandos 47, 54 y 57.

41 Corte IDH, Resolución de 26 de febrero de 2016, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, considerandos 11-24.

## Referencias

ABRAMOVICH, V. Autonomía y Subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. In.: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). *El Derecho en América Latina: Un Mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: editorial Siglo XXI, 2011, p. 211-231.

SHAW, M. N., *International Law*. 6<sup>a</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

UPRIMNY, R., *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, disponible en <[http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.47.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.47.pdf)>



# A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil<sup>1</sup>

*Antonio Moreira Maués<sup>2</sup>*

*Breno Baía Magalhães<sup>3</sup>*

## Introdução

A expansão dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos possui, como uma de suas características principais, a criação de órgãos de caráter jurisdicional dotados de competência para processar e julgar as alegações de descumprimento de obrigações internacionais pelos Estados. No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é a responsável por decidir os casos contenciosos que envolvam possíveis violações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 62. 3). No exercício dessa competência, a Corte IDH emitiu, até maio de 2016, 310 sentenças impondo aos Estados um conjunto muito variado de reparações<sup>4</sup>.

A atividade jurisdicional da Corte IDH, além de solucionar demandas específicas, produz uma ampla jurisprudência sobre direitos humanos, a qual, no entendimento da Corte, deve ser utilizada como base para o exercício do “controle

---

1 Artigo originalmente publicado na Revista *Direito, Estado e Sociedade*, v. 48, p. 76-112, 2016.

2 Professor Titular da Universidade Federal do Pará (UFPA). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

3 Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Universidade da Universidade Federal do Pará (UFPA).

4 A Corte IDH determina as seguintes medidas de reparação: restituição; reabilitação; satisfação; garantias de não repetição; obrigação de investigar, processar e punir; compensação por danos

de convencionalidade” do direito interno pelas autoridades estatais e, especialmente, pelo poder judiciário dos Estados-Parte<sup>5</sup>Embora haja várias críticas a esse entendimento da Corte<sup>6</sup>, a exigência de que os juízes nacionais exerçam o controle de convencionalidade implica reconhecer que eles cumprem um papel relevante na garantia da eficácia da CADH.

Com efeito, uma demanda somente pode ser apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), possibilitando seu conhecimento pela Corte IDH, após o esgotamento dos recursos jurisdicionais internos (CADH, art. 46.1.a), o que coloca os tribunais nacionais em uma posição primária de proteção dos direitos reconhecidos pela CADH<sup>7</sup>. De modo geral, mesmo quando existem tribunais internacionais responsáveis pela aplicação de um tratado,

---

materiais e imateriais. (PASQUALUCCI, 2013, p. 196). Burgorgue-Larsene Úbeda de Torres (2011, p. 224) caracterizam a jurisprudência da Corte IDH acerca das reparações como inovadora e progressista, especialmente porque atende à necessidade de medidas condizentes com as violações estruturais dos direitos humanos ocorridas no continente americano.

- 5 O conceito de controle de convencionalidade foi desenvolvido pela Corte IDH a partir do caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006, nº 154), ocasião em que a Corte afirmou que os juízes, enquanto órgãos do Estado, estão submetidos à CADH e, portanto, devem zelar para que o cumprimento de suas disposições não seja obstaculizado pela aplicação de leis contrárias aos seus objetivos. Além disso, ao realizar o juízo de compatibilidade entre as leis nacionais e a CADH, o Poder Judiciário deve levar em consideração a jurisprudência da Corte IDH, intérprete final da CADH. Pouco tempo depois de seu pronunciamento inicial sobre o tema, a Corte definiu que o controle de convencionalidade deve ser realizado *ex officio* por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que dentro de suas competências e normas processuais respectivas (*Caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2006, nº 158, § 128). Anos mais tarde, acrescentou que todos os órgãos estatais devem realizar esse controle, e não apenas o Poder Judiciário, à medida que seu exercício requer a adequação das interpretações judiciais, administrativas e das garantias judiciais aos princípios estabelecidos na jurisprudência da Corte IDH (*Caso Gelman Vs. Uruguay*, 2011, nº 211, § 193).
- 6 Alguns autores questionam a ausência de previsão do controle de convencionalidade na CADH (KASTILLA, 2011, p. 596), enquanto outros criticam que ele coloca a Corte IDH em uma posição hierarquicamente superior em relação aos tribunais nacionais (CONTESSÉ, 2012; BREGAGLIO, 2014). Para uma réplica a essas críticas, ver DULITZKY (2015).
- 7 Para Nollkaemper (2012, p. 25-26), os tribunais nacionais exercem um papel central na ordem jurídica internacional mesmo na ausência de tribunais internacionais, uma vez que eles julgam demandas baseadas em normas internacionais. A subsidiariedade dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos realça a importância das soluções nacionais a essas demandas, que podem ser viabilizadas pelas cortes internas, pois oportuniza ao país que resolva a possível violação de direitos humanos por seus próprios meios. Sobre subsidiariedade, cf. Carrozza (2003) e o caso *Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú*. Serie C No. 286, § 137 (2014).

os remédios oferecidos pela jurisdição interna são fundamentais para concretizar os direitos nele previstos<sup>8</sup>.

Outra importante área em que os tribunais nacionais atuam para garantir o cumprimento de obrigações internacionais diz respeito ao uso de sua jurisdição para adaptar o direito interno aos tratados, prevenindo a responsabilização do Estado por seu descumprimento. Essa atividade realça a importância do conhecimento da jurisprudência sobre direitos humanos pelos juízes nacionais, a fim de que eles possam desenvolver os parâmetros de proteção dos direitos em consonância com os tribunais internacionais (KELLER; STONE SWEET, 2008, p. 687-688), o que amplia a comunicação entre os vários sistemas judiciais<sup>9</sup>.

O conjunto de elementos citados demonstra que a eficácia dos tratados de direitos humanos como a CADH encontra-se estreitamente associada às funções desempenhadas pelo poder judiciário nacional. Embora a internalização de um tratado internacional, nos países analisados, corresponda a competências exclusivas dos poderes executivo (assinatura e ratificação) e legislativo (aprovação), sua plena incorporação à ordem jurídica interna depende do modo como ele será interpretado e aplicado pelos tribunais.

---

8 Sloss (2009, p. 01-48) distingue, no âmbito do direito internacional, três tipos de disposições normativas presentes nos tratados internacionais: “horizontais”, que regulamentam as relações entre Estados, portanto não submetidas aos tribunais nacionais, e disposições “verticais” e “transnacionais”, cuja eficácia depende da atuação dos tribunais nacionais, porquanto regulamentam relações jurídicas que envolvem particulares, como, por exemplo, os tratados internacionais de direitos humanos. Em pesquisa realizada em 11 países, o trabalho do autor concluiu que, em 8 deles, os tribunais nacionais oferecem remédios (em sentido amplo) aos particulares que têm violados seus direitos presentes em disposições verticais e transnacionais oriundos de tratados. No mesmo sentido, Alstine (2009, p. 555-557) observa que o estabelecimento de sistemas normativos internacionais autônomos (como os de direitos humanos e de integração econômica) cria fricções com o direito nacional e, enquanto os tribunais internacionais não dispuserem de poderes executivos para concretizar suas decisões, o cumprimento efetivo dos tratados permanecerá uma questão de direito interno.

9 O desenvolvimento da “comunicação transjudicial”, acentuado após o final da Guerra Fria, está associado ao fortalecimento da jurisdição internacional dos direitos humanos, juntamente com o processo de globalização e a expansão de regimes democráticos. Essa comunicação pode se desenvolver de diferentes formas, de acordo com o grau de engajamento recíproco dos tribunais envolvidos, podendo variar desde o diálogo direto, em que ocorre uma troca na qual as posições de um tribunal são respondidas por outro; monólogo, em que as ideias ou conclusões de um tribunal são utilizadas por outros tribunais; e diálogo intermediado, em que um tribunal difunde de maneira consciente as ideias de um tribunal para outros, fazendo com que eles reajam a elas (SLAUGHTER, 1994). Além disso, o uso da jurisprudência internacional pode servir para ampliar a independência do poder judiciário perante o governo, o que representa um incentivo para que os tribunais nacionais se envolvam nesse diálogo.

Disso decorre a importância de estudar como os tribunais de máxima hierarquia em um dado ordenamento recepcionam os tratados de direitos humanos, tendo em vista que eles se encontram em posição privilegiada para influenciar o conjunto do poder judiciário. Neste trabalho, pretendemos analisar decisões paradigmáticas tomadas pela Corte Constitucional da Colômbia, pela Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina) e pelo Supremo Tribunal Federal que, no entender dos próprios tribunais, representaram uma nova maneira de compreender as relações entre direito interno e direito internacional, particularmente no campo dos direitos humanos. Essa análise partirá dos elementos que condicionam o exercício da jurisdição sobre tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais (independência judicial e incorporação dos tratados) e incidirá sobre os instrumentos hermenêuticos utilizados para promover sua recepção (efeito direto e interpretação conforme), buscando, especialmente, compreender de que maneira os tratados internacionais são compatibilizados com o princípio da supremacia constitucional.

Os três países escolhidos são os mais importantes em termos econômicos e populacionais na América do Sul, o que permite inferir que sua experiência é bastante relevante no âmbito do sistema interamericano.

## **1. Independência judicial e incorporação dos tratados de direitos humanos**

A independência do poder judiciário é uma condição indispensável para que ele exerça as funções de fiscalização sobre os poderes executivo e legislativo que lhe são atribuídas no Estado de Direito. Muitos países, porém, reservam ao poder executivo a condução da política externa e até mesmo lhe atribuem competência para interpretar os tratados internacionais. Além disso, normas de direito interno podem impedir os tribunais de aplicar um tratado internacional já incorporado, por exemplo, garantindo imunidade a determinados atos do Estado; vinculando os tribunais à interpretação do tratado feita por outros poderes ou inabilitando os indivíduos a invocarem, judicialmente, regras de direito internacional (NOLLKAEMPER, 2012, p. 49-53). No entanto, a independência judicial deve ser garantida nos casos em que o próprio Estado é parte, como ocorre nas violações de direitos humanos, a fim de que o judiciário possa

decidir sobre a aplicação do direito internacional sem estar sujeito a pressões e manobras políticas do executivo e do legislativo<sup>10</sup>.

Por sua importância, o tema da independência judicial, abordado sob o ponto de vista do acesso à justiça e da garantia do devido processo legal, ocupou a jurisprudência da Corte IDH desde suas primeiras decisões. O referido princípio é protegido pelo direito internacional dos direitos humanos (PIDCP, art. 14 e CEDH, art. 6.1), onde encontra seu mais forte apoio e na CADH sua mais detalhada e abrangente prescrição normativa<sup>11</sup>.

De acordo com o art. 8.1 da CADH, todos têm direito a julgamentos proferidos por um tribunal competente, independente e imparcial e ao longo de seus julgamentos, a Corte IDH teve a oportunidade de caracterizar, especificamente, o significado de independência com relação à noção de devido processo legal (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 653). Em *Apitz Barbera y otros vs Ecuador*, a Corte estabeleceu que uma das principais funções da separação de poderes seria a de proteger os órgãos judiciais dos demais poderes estatais<sup>12</sup>, a fim de evitar que o poder judiciário e seus integrantes fossem submetidos a pressões e restrições de sua atuação por instituições alheias à estrutura do próprio poder<sup>13</sup>, mesmo em períodos de emergência<sup>14</sup>.

A independência do Poder Judiciário, portanto, é um corolário do devido processo legal, porque tem o condão de protegê-lo de ingerências e pressões indevidas dos demais poderes estatais na concretização de obrigações oriundas de tratados internacionais de direitos humanos. As ingerências políticas podem ser de diversas ordens, incluindo as que atinjam a capacidade do judiciário de fiscalizar a compatibilidade dos atos políticos estatais com as normas da CADH

---

10 Como, por exemplo, nas hipóteses em que o Executivo denuncia, unilateralmente, um tratado internacional que cria direitos fundamentais capazes de serem aplicados pelo judiciário. Cf. os debates na ADI 1625, na qual se questiona decreto presidencial que denunciou, unilateralmente, a Convenção 158 da OIT.

11 Art, 8.1 da CADH.

12 Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, Párrafo 55 e Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, Párrafo 188.

13 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas* Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 186

14 Cf. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, §§ 30 e 38-39.

(ex.: denúncia unilateral do tratado pelo executivo, protelação do legislativo em criar leis implementadoras da obrigação estatal, etc.). Por outro lado, os estados estão obrigados a garantir recursos internos para fazer cessar violações de direitos humanos previstos na convenção internacional e a efetividade dos recursos depende, também, da independência do órgão julgador<sup>15</sup>.

Por fim, vale lembrar que pode haver uma interdependência entre o desenvolvimento da jurisdição internacional e a independência dos tribunais nacionais. Quando os tribunais internacionais podem supervisionar decisões dos tribunais nacionais isso os incentiva a atuar de maneira independente, a fim de sobreviver ao exame internacional (SLAUGHTER, 1994, p. 65).

Ao lado da independência judicial, o cumprimento dos tratados internacionais pelos tribunais nacionais também depende de sua incorporação ao direito interno. Tornando-se válidas no ordenamento jurídico nacional, as normas internacionais passam a ser garantidas pelo poder judiciário (seja diretamente, seja por intermédio de uma lei transformadora), diante do qual o Estado pode ser demandado pelo descumprimento de suas obrigações internacionais.

Tradicionalmente<sup>16</sup>, o direito internacional não obriga os Estados a incorporar os tratados internacionais, o que faz depender de decisões tomadas em cada ordenamento jurídico a possibilidade de sua aplicação direta pelo poder judiciário<sup>17</sup>. No entanto, no campo dos tratados de direitos humanos, as características de suas normas podem obrigar os Estados a tornarem seu direito interno compatível com elas, a fim de garantir determinados direitos (NOLLKAEMPER, 2012, p. 72 e 83). A CADH, em seu art. 2º, estabelece que os Estados devem adotar as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para tornar

---

15 Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, § 94.

Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, § 103

16 *Exchange of Greek and Turkish Populations Case (1925) P.C.I.J., Ser. B, No. 10, pp 19-21*

17 Seguindo a prática do direito internacional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), por exemplo, não exige que os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) incorporem-na ao direito interno (*As regards the specific matters pleaded, the Court has held on several occasions that there is no obligation to incorporate the Convention into domestic law.* 13585/88, [1991] 14 EHRR 153, [1991] ECHR 49, [1991] ECHR 1385 *Observer and Guardian v. UK*, § 76), desde que cumpram as obrigações presentes em seu art. 1º (*As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção*). Ver HARRIS et al., 2009, p. 23. Apesar disso, quase todos os países signatários da CEDH promoveram sua incorporação (KELLER; STONE SWEET, 2008).

efetivos os direitos e liberdades nela previstos, ainda que não exija, ao menos explicitamente, a necessidade de transformar a convenção em direito diretamente aplicável pelo judiciário<sup>18</sup>.

A importância da incorporação dos tratados internacionais não significa, contudo, que o modo pelo qual essa incorporação é feita seja determinante para seu cumprimento efetivo. Os estudos comparados demonstram que o caráter monista (aplicação direta do tratado) ou dualista (transformação do tratado em lei ordinária nacional)<sup>19</sup> dos ordenamentos jurídicos não é um fator relevante para explicar a forma de aplicação dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais<sup>20</sup>. Apesar disso, a incorporação do tratado sem demora, sem modificações e garantindo sua aplicação direta, como costuma ocorrer em países de tradição monista, contribui para que seu cumprimento seja mais efetivo.

Nos três países analisados, há necessidade de atos internos para dar vigência aos tratados, porém, nenhum deles adota “leis transformadoras” e se enquadra como um país dualista clássico.

O ciclo de incorporação dos tratados internacionais no Brasil se inicia após a assinatura de competência do Poder Executivo (art. 84, VIII, da CF/88), passa pela ratificação congressional (49, I, da CF/88) e se encerra com

---

18 Em razão do teste da convencionalidade da produção normativa interna, Dulitzky (2015) e Toda Castan (2013), defendem que, implicitamente, existe essa obrigatoriedade na CADH.

19 Neste trabalho, nos referimos ao debate entre monistas e dualistas levando em conta o aspecto descritivo da dicotomia, ou seja, sobre as escolhas políticas que uma Constituição pode tomar acerca dos procedimentos de incorporação dos tratados internacionais no plano interno. Portanto, monismo, como a escolha de aplicação direta dos tratados e dualismo, como a escolha de transformar o tratado ratificado em lei interna para aplicabilidade interna. Não discutiremos, por essa razão, a dicotomia no âmbito teórico, ocupada em analisar a existência, ou não, de um ordenamento jurídico único na relação entre direito internacional e direito interno. Cf. Magalhães (2015).

20 Para Sloss, em países que adotam um “monismo híbrido” (apenas alguns tratados possuem aplicação direta na ordem interna, a depender da interpretação dos tribunais acerca da sua auto-executoriedade) não se verifica um papel mais ativo dos tribunais na concretização dos tratados, como no caso dos EUA, sendo possível que cortes de países “dualistas” sejam mais ativas, mesmo aplicando o tratado indiretamente, como demonstrado pelo exemplo australiano. Há mais resistência das cortes, em ambos os casos, em aplicar diretamente disposições normativas verticais (SLOSS, 2009, p. 08-24). Na Índia e na África do Sul (dualistas) os tribunais fazem extenso uso do Direito Internacional dos Direitos Humanos como ferramenta para interpretar normas de direitos individuais de suas constituições. Nollkaemper (2012, p. 74-77) aponta muitas variações nos países que admitem a “incorporação automática” dos tratados internacionais. Assim, tratados que não sejam “*self-executing*” podem não ser considerados parte do direito interno e as decisões das organizações e dos tribunais internacionais nem sempre serão consideradas vinculantes, mesmo que os tratados em que elas se baseiam estejam incorporados.

a expedição, pelo Presidente da República, de Decreto Executivo, para fins de aplicação (promulgação, publicação e executoriedade) do tratado. Não por acaso, a ratificação dos mais importantes tratados internacionais de direitos humanos ocorreu após a redemocratização do país, simbolizada pela promulgação da Constituição de 1988<sup>21</sup>.

De acordo com o art. 189.2 da Constituição colombiana, compete ao Presidente da República celebrar tratados e, ao Congresso, aprová-los ou não (art. 150, 14). A manifestação congressual é realizada por meio de lei aprobatória (ARTEAGA, 2007, p. 27). Uma das principais novidades da Constituição de 1991 foi a criação de um controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais (art. 241, 10), que visa alcançar uma posição intermediária entre os extremos opostos da supremacia do direito internacional e do constitucional (MONROY CABRA, 2002, p. 128)<sup>22</sup>.

---

21 Tratados da ONU: 1) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto Presidencial nº 65.810/69); 2) Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (Decreto Presidencial nº 592/92); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto Presidencial nº 591/92); 4) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Decreto Presidencial nº 4.377/02); 5) Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis (Decreto Presidencial nº 40/91); 6) Convenção dos direitos da Criança (Decreto Presidencial nº 99.710/90); 7) Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (Decreto 6.949/09 – de status constitucional); Tratados da OEA: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto Presidencial nº 98.386/89); 2) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto Presidencial nº 3.321/99); 3) Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte (Decreto Presidencial nº 2.754/98); 4) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto Presidencial nº 1.973/96); 5) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto Presidencial nº 3.956/01).

22 Principais tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico colombiano: Tratados da ONU: 1) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Ley 22/81); 2) Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (Ley 74/68); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Ley 74/68); 4) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Ley 51/81); 5) Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis (Ley 70/86); 6) Convenção dos direitos da Criança (Ley 12/91); 7) Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (Ley 1346 de 2009); 8) Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Famílias (Ley 146 de 1994); 9) Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas Contra Desaparecimentos Forçados (Ley 1418 de 2010). Tratados da OEA: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Ley 409/98); 2) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Ley 319/96); 3) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Ley 248/95); 4) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação



A Constituição argentina não detalha a forma de incorporação dos tratados internacionais, destinando seu procedimento aos arts. 31 e 27. No entanto, em função da influência da constituição norte-americana, considera-se que o tratado vige como direito interno (CONSTENLA, 2003, p. 113), com aplicabilidade direta (PAGLIARI, 2011, p. 19). Dessa forma, os tratados são assinados pelo Executivo, posteriormente são enviados para aprovação do legislativo, que edita uma lei e, por fim, o Presidente ratifica o tratado (CARLOS COLAUTTI, 1998, p. 183-185)<sup>23</sup>.

Em contextos caracterizados pelo fim de regimes autoritários e o impacto de novas Constituições, o amplo rol de tratados de direitos humanos incorporados nos três países contribui para reforçar a independência judicial, uma vez que esses instrumentos devem ser aplicados pelo judiciário em casos nos quais o Estado é parte, possibilitando a fiscalização dos poderes políticos. Além disso, tratados como a CADH reconhecem o direito a garantias judiciais e à proteção judicial, os quais demandam o exercício independente da jurisdição.

## **2. Efeito direto e interpretação conforme os tratados de direitos humanos**

A incorporação dos tratados de direitos humanos em um ordenamento jurídico que assegura a independência judicial oferece o ponto de partida para sua aplicação pelos tribunais nacionais. Porém, o uso desses tratados requer que os juízes desenvolvam técnicas para torná-los efetivos e proteger adequadamente os direitos nele reconhecidos, o que confere relevância à análise dos princípios e práticas interpretativas dos tribunais nacionais, para além dos procedimentos

---

contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Ley 762/02) e 5) Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Ley 707/01).

23 Principais tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico argentino: 1) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 2) Declaração Universal dos Direitos Humanos; 3) Convenção Americana sobre Direitos Humanos ; 4) Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 5) Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; 6) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; 7) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 8) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; 9) Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e 10) Convenção sobre os Direitos da Criança.

de incorporação previstos constitucionalmente (NOLLKAEMPER, 2012, p. 15 e KELLER; STONE SWEET, 2008).

Dentre as técnicas de que dispõem os tribunais nacionais para aplicar o direito internacional, destacam-se a atribuição de efeito direto às suas disposições normativas e a interpretação do direito interno conforme os tratados internacionais.

A incorporação de um tratado internacional não significa que as obrigações por ele impostas possam ser garantidas pelos tribunais nacionais, uma vez que é necessário que elas gerem efeitos no ordenamento jurídico interno. O efeito direto (*direct effect*) de um tratado significa que sua aplicação independe da interveniência subsequente do legislador, isto é, suas normas são auto-executáveis (*self-executing*)<sup>24</sup>. Como consequência, o direito interno autoriza os tribunais internos a aplicar as normas do tratado internacional, diretamente, como uma regra decisória em um caso concreto trazido pelas partes como causa de pedir.

Em contraposição, o efeito indireto significa que a aplicação de um tratado internacional é obtida por meio do direito interno, isto é, os tribunais garantem o cumprimento das obrigações internacionais do Estado utilizando normas de seu próprio ordenamento que abrangem ou incorporam de maneira substancial essas obrigações. Tal ocorre, por exemplo, quando os juízes aplicam direitos previstos em suas Constituições que correspondem aos direitos previstos nos tratados, ou quando o tratado é “transformado” em lei nacional, o que pode ocorrer mesmo em países de tradição monista, com o objetivo de tornar as obrigações internacionais mais coerentes com o direito interno, completá-las ou garantir sua certeza (NOLLKAEMPER, 2012, p. 117-118).

Como se nota, conferir efeito direto às disposições do tratado possui a vantagem de atribuir competência ao poder judiciário para aplicá-los mesmo quando os poderes legislativo e executivo permanecem inertes em relação a sua garantia, reforçando internamente o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado. Além disso, à medida que os tribunais nacionais exercem essa competência, eles passam a interpretar os tratados internacionais, o que contribui para aproximá-los dos critérios hermenêuticos oferecidos pelo direito internacional.

---

24 Nollkaemper (2012, p. 120) observa que o efeito direto não deve ser confundido com supremacia do direito internacional sobre o direito interno, embora situações em que se afirme a supremacia do direito interno possam limitar as consequências práticas do efeito direto.

Não se trata de casualidade, portanto, que os tratados de direitos humanos em geral exijam sua proteção pelos tribunais nacionais, nem que, em várias Constituições, as normas de direitos humanos sejam consideradas diretamente aplicáveis<sup>25</sup>. O próprio reconhecimento pelo Estado do monitoramento internacional do cumprimento de suas obrigações internacionais contribui para que elas venham a ser garantidas pelo poder judiciário. O controle de convencionalidade evidencia o ponto, na medida em que a Corte IDH obriga juízes e órgãos vinculados à administração da justiça a exercerem, *ex officio*, a compatibilidade das normas nacionais com a CADH.

Paralelamente à atribuição de efeito direto aos tratados internacionais, sua aplicação pelos tribunais nacionais também se desenvolveu a partir da técnica da “interpretação conforme”, por meio da qual busca-se interpretar o direito interno de maneira compatível com as obrigações internacionais, garantindo seu cumprimento pelo Estado. Assim, a interpretação conforme requer que os juízes evitem aplicar o direito interno de maneira que ele venha a colidir com o direito internacional, mas não limita a aplicação das normas nacionais caso elas estabeleçam patamares de proteção dos direitos humanos superiores àqueles presentes nos tratados internacionais (NOLLKAEMPER, 2012, p. 139)<sup>26</sup>.

O peso da interpretação conforme nem sempre é identificado facilmente. Muitas vezes, a referência dos tribunais nacionais ao direito internacional serve apenas para enfatizar a importância ou o caráter fundamental de uma norma interna, para ratificar a correção de um argumento fundado na análise do direito interno ou para manifestar a disposição do tribunal em participar de um diálogo com tribunais internacionais ou estrangeiros. Em outros casos, porém, a decisão judicial não pode ser explicada sem o papel exercido pelas normas internacionais no processo de fundamentação.

Como não é fácil distinguir essas várias categorias, Nollkaemper (2012, p. 142) propõe que a interpretação conforme ocorre quando o tribunal utiliza uma norma de direito internacional na aplicação do direito interno e sua decisão é consistente tanto com o direito interno quanto com o direito in-

---

25 Em geral, o direito internacional admite que os Estados decidam se atribuem ou não aos tribunais nacionais competência para reconhecer o efeito direto a uma obrigação internacional (NOLLKAEMPER, 2012, p. 124-126), caso tal efeito não esteja previsto constitucionalmente.

26 No mesmo sentido, defendendo a interpretação conforme como compatibilidade ou ausência de contradição e não como plena identidade ou conformidade *stricto sensu*, ver Saiz Arnaiz (2013).

ternacional, independentemente do peso exato que aquela norma possui na fundamentação da decisão.

A partir dessa definição, o autor identifica três situações em que a interpretação conforme pode ser aplicada: a) quando uma disposição de direito interno é ambígua, a fim de definir seu conteúdo; b) quando o direito interno prevê que o sentido de uma disposição no direito internacional deve prevalecer diante do seu sentido no direito interno; e c) no controle da discricionariedade executiva<sup>27</sup>.

A prática da interpretação conforme está prevista expressamente no ordenamento de poucos países<sup>28</sup>. Assim, outros fundamentos são utilizados pelos tribunais nacionais para seu exercício: a) embora não haja uma obrigação internacional<sup>29</sup>, a interpretação conforme, combinada com o princípio da interpretação efetiva dos tratados<sup>30</sup>, se fundamenta em um princípio geral de interpretação pelo qual os tribunais nacionais devem interpretar o direito interno em conformidade com as obrigações internacionais do Estado; b) a interpretação conforme pode se basear no reconhecimento do status hierarquicamente superior do direito internacional e no dever do Estado em cumprir com suas obrigações internacionais. Assim, em caso de conflito entre parâmetros internacionais e nacionais, os últimos devem se tornar coerentes com os primeiros e não o contrário; e c) uma base mais limitada ao princípio é interpretar o direito de acordo com a intenção do legislador, presumindo que este não pretendeu violar as obrigações internacionais do Estado ao referendar um tratado<sup>31</sup>.

---

27 A ratificação de um tratado internacional condiciona a atuação do Poder Executivo, que deve cumprir com as expectativas legítimas do comprometimento nacional com obrigações internacionais.

28 Por exemplo, Constituição da Espanha, art. 10.2; Constituição da África do Sul, art. 233; Constituição da Colômbia, art. 93.

29 No caso do sistema interamericano, no entanto, podemos argumentar que existe a obrigação de interpretação conforme, pois, no exercício do controle de convencionalidade, as cortes internas deverão fiscalizar a compatibilidade do direito interno com a CADH, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH. Ver. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. nº 154, § 124.

30 A Corte IDH postula que o princípio do efeito útil (*effet utile*) significa que o Estado tem a obrigação de adotar e consagrar em sua ordem jurídica interna as medidas necessárias para que as disposições da CADH sejam efetivamente respeitadas e implementadas. Caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Serie C No. 282, § 271 (2014).

31 Existem dois riscos que podem decorrer da última categorização de interpretação conforme. Primeiramente, o foco na natureza persuasiva da norma internacional realça sua substância, e não sua origem, abrindo margem para a utilização de normas internacionais não incorporadas e, portanto, não vinculantes sobre o Estado (tratados em fase de incorporação, instrumentos de *soft law* e decisões

Um ordenamento constitucional que garante a independência judicial, que prevê a aplicabilidade direta de um tratado internacional de direitos humanos e autoriza a interpretação conforme de sua produção normativa com as normas internacionais combina os elementos que favorecem a recepção do direito internacional, além de permitir que as cortes internas ajam de forma mais enérgica para evitar, reparar e solucionar violações de direitos humanos decorrentes da ação ou omissão dos demais poderes<sup>32</sup>.

Assim, podemos observar que o impacto dos tratados internacionais sobre o direito interno não decorre unicamente de sua posição hierárquica, nem dos procedimentos adotados para sua incorporação, pois outros fatores sugerem uma confluência nos procedimentos interpretativos das cortes, tanto em países de tradição monista quanto em países de tradição dualista<sup>33</sup>.

---

de tribunais internacionais de direitos humanos de sistemas de proteção de região diversa). Em segundo lugar, conferir uma maior latitude à interpretação conforme aos tribunais nacionais pode ter por consequência a seleção arbitrária das normas internacionais a serem compatibilizadas ou a interpretação do direito internacional de acordo, tão somente, com o direito nacional. Em função de tais riscos, alguns recursos interpretativos podem ser sugeridos: a) técnica a ser utilizada, somente, nos casos de ambiguidade constitucional; b) regras do direito interno poderiam limitar a interpretação conforme e c) a separação de poderes constitui um limite, quando o parlamento não incorporou as disposições no direito interno (NOELKAEMPER, 2012, p. 147-164).

32 No entanto, estudos comparados demonstram que mesmo tratados que não possuem aprovação legislativa formal em países dualistas tradicionais exercem alguma força jurídica no ordenamento interno, especialmente por meio de princípios interpretativos. Apesar das diferenças formais entre países monistas e dualistas, a prática interpretativa dos tribunais de ambas as tradições é semelhante (SLOSS, 2009; ALSTINE, 2009). Mesmo em países dualistas, os tribunais reconhecem a origem internacional das normas devidamente incorporadas oriundas dos tratados. Alguns princípios interpretativos comuns são utilizados tanto por monistas quanto dualistas para soluções de impasses normativos: a) uso das regras da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) (especialmente as regras que determinam a interpretação do tratado de acordo com seu objetivo e propósito); b) os países costumam consultar as práticas interpretativas de outros estados-partes do tratado, ainda que a força persuasiva da consulta e sua frequência oscilem bastante; c) embora os países monistas e dualistas atribuam, exclusivamente, ao Executivo a competência para assumir compromissos internacionais, suas cortes resistem em deferir às interpretações do executivo acerca desses compromissos (ALSTINE, 2009, p. 588-593); e d) cortes de ambas as tradições estipulam algum princípio de interpretação conforme ao direito internacional. No entanto, podemos destacar algumas particularidades: no monismo, o desafio das cortes é aplicar os tratados sem que comprometam as relações internacionais do Estado; no dualismo, a busca por direitos individuais inicia-se na lei transformadora e não no tratado, porém, os tribunais buscam auxílios interpretativos no fundamento internacional da lei implementadora, especialmente se for ambígua. Apesar disso, tratados não incorporados exercem grande influência (presunção de conformidade), até mesmo para limitar a discricionariedade de órgãos administrativos.

33 Para um argumento semelhante, cf. Maués (2013, p. 226).

Com base nessa premissa, analisaremos experiências latino-americanas sobre a forma de recepção e o impacto da CADH na Colômbia, Argentina e Brasil, a fim de identificarmos como essas técnicas são utilizadas.

### **3. Colômbia: bloco de constitucionalidade e tratados de direitos humanos.**

Após uma década de grande violência, resultante das ações do Cartel de Medellín e dos enfrentamentos entre o Estado e movimentos guerrilheiros, e do fracasso da reforma constitucional proposta pelo Governo Virgilio Barco (1986-1990), a convocação de uma Assembleia Constituinte na Colômbia passou a ser defendida por diferentes setores políticos do país. Juntamente com as eleições presidenciais de maio de 1990, realizou-se uma consulta em que 88% dos votantes manifestaram-se a favor da Constituinte, cujos 70 membros foram eleitos em dezembro de 1990, com baixa participação eleitoral (HENAO HIDRÓN, 2013, p. 115-119; LEMAITRE RIPOLL, 2016, p. 5-17)<sup>34</sup>.

Marcada por uma composição plural, a Constituinte trabalhou rapidamente e buscou orientar-se pelo consenso (94% dos artigos aprovados receberam mais de 80% dos votos), promulgando a Constituição em 4 de julho de 1991. Dentre as várias inovações, destacam-se o reconhecimento de novos direitos e garantias, a criação da Corte Constitucional e da Defensoria do Povo, a eliminação do estado de sítio, a maior transparência dos processos eleitorais e a atribuição de mais autonomia aos departamentos e municípios. Paralelamente, também se adotaram medidas favoráveis à liberalização da economia, como a criação de um banco central independente do governo.

Embora a Constituição de 1991 tenha introduzido mudanças no Poder Judiciário, sua principal inovação no âmbito jurisdicional foi a criação da Corte Constitucional. A forma de composição dessa Corte, por sua vez, reforça a independência do Poder Judiciário, uma vez que seus membros são eleitos pelo Senado a partir de listas tríplexes elaboradas pela Corte Suprema de Justiça, pelo Conselho de Estado e pelo Presidente da República. Cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade também pode ser exercido por todos os juízes.

---

34 O Decreto nº 1926/90, que convocou a Assembleia, foi validado por decisão da Corte Suprema de Justiça.

Ao contrário de sua antecessora (1886), a Constituição Colombiana de 1991 contém várias referências ao direito internacional e aos direitos humanos, o que contribuiu para que a Corte Constitucional Colombiana cumprisse um papel decisivo na incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, interpretando as disposições constitucionais para estabelecer três formas de integração das normas de direito internacional ao ordenamento jurídico colombiano e seus correspondentes níveis hierárquicos: constitucional, supralegal e legal.

O marco normativo capaz de explicar as diferentes posições hierárquicas dos tratados internacionais na Colômbia pode ser extraído de, pelo menos, cinco artigos: 9º (as relações exteriores serão regidas de acordo com a soberania e com os princípios de direito internacional reconhecidos pelo país), 93 (os tratados internacionais de direitos humanos prevalecem no direito interno e os direitos constitucionais serão interpretados conforme os tratados ratificados), 94 (os direitos previstos na constituição e nos tratados ratificados não excluem outros direitos que, decorrentes da dignidade da pessoa humana, não figuram neles expressamente), 214.2 (os direitos humanos não serão suspensos, e, em todo caso, serão respeitadas as regras do direito humanitário) e 53 (convênios sobre trabalho fazem parte da legislação interna) (ARANGO OLAYA, 2004, p. 80).

A partir dessas disposições, a Corte Constitucional elaborou o conceito de bloco de constitucionalidade como um conceito chave para a incorporação dos tratados de direitos humanos. Desde suas primeiras sentenças e em clara diferenciação com a jurisprudência anterior (UPRIMNY, 2001, p. 13; PRADA, 2013), a Corte Constitucional mostrou-se disposta a utilizar tratados de direitos humanos para fundamentar suas decisões, mesmo quando as normas desses tratados não encontravam correspondentes no texto constitucional. Por exemplo, ao analisar a obediência devida dos militares (art. 91), a Corte Constitucional utilizou as Convenções de Genebra para estabelecer seus limites (T-409/92), e utilizou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para reconhecer o mínimo vital, ampliando o disposto no art. 13.3 da Constituição colombiana<sup>35</sup> (T-426/92).

---

35 *El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

A utilização desses tratados internacionais impulsiona a redefinição, por parte da Corte Constitucional, da relação entre os tratados de direitos humanos e a Constituição, inclusive no que se refere a sua relação hierárquica. Na sentença C-225/95, a expressão “bloco de constitucionalidade” aparece na jurisprudência da Corte e passa a orientar essa redefinição.

A sentença C-225/95 resultou de exercício do controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais (art. 241.10), em que a Corte Constitucional apreciou a constitucionalidade do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo II), firmado em Genebra em 8 de junho de 1977 e aprovado pela Lei nº 171, de 16 de dezembro de 1994. Após julgar constitucional a assinatura do tratado pelo Estado Colombiano e o trâmite da lei aprobatória, a Corte passa a analisar seu conteúdo, com base nos seguintes argumentos.

As normas de direito internacional humanitário são partes integrantes do *jus cogens*. Em seguida, a Corte constitucional cita decisão C-574/92, reforçando que há uma incorporação “automática” dessas normas ao ordenamento jurídico interno<sup>36</sup>.

Após analisar a imperatividade do direito internacional humanitário, a Corte afirma que o “bloco de constitucionalidade” do direito colombiano está composto por aquelas normas e princípios que, sem aparecer formalmente no texto constitucional, são utilizados como “parâmetros do controle de constitucionalidade das leis”, uma vez que foram integrados normativamente à Constituição, por diversas vias e por ordem da própria Constituição<sup>37</sup>. Dessa forma, as disposições constitucionais sobre prevalência dos tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário impõem considerar que eles integram o “bloco de constitucionalidade”, o que permite harmonizar o princípio da supremacia constitucional com a prevalência dos tratados.

A imperatividade das normas humanitárias e sua integração no bloco de constitucionalidade implicam no dever de o Estado colombiano adaptar as normas de hierarquia inferior aos conteúdos daquelas normas<sup>38</sup>. Essa harmonização

36 C-225/95, § 07.

37 C-225/95, §12, 4.

38 C-225/95, §12, 6.



é feita pela Corte ao analisar vários dispositivos do tratado que tiveram sua constitucionalidade questionada no curso do processo.

A partir dessa sentença, o conceito de bloco de constitucionalidade passou a ser utilizado pela Corte Constitucional, embora com algumas ambiguidades em sua definição. Posteriormente, a Corte buscará sistematizar quais são as normas que integram esse bloco, fazendo uma distinção entre bloco de constitucionalidade em sentido estrito, no qual se encontram os tratados que possuem hierarquia constitucional, como os tratados de direitos humanos que não podem ser suspensos em estados de exceção<sup>39</sup>, e bloco de constitucionalidade em sentido lato, no qual se encontram normas que, embora não tenham nível constitucional, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis, onde se incluem os demais tratados de direitos humanos, mas não os tratados sobre outras matérias ratificados pelo país<sup>40</sup>. Tal como se nota, em ambos os casos os tratados de direitos humanos podem ser utilizados para o controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis.

No que se refere ao nosso tema, a sentença mais importante nesse segundo momento é a C-400/98, em que a Corte exerceu o controle de constitucionalidade da Lei nº 406/97, que aprovou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT). Nessa sentença, foram estabelecidos os seguintes parâmetros.

A Constituição prevalece sobre os tratados internacionais, com duas exceções: os tratados que reconhecem direitos humanos e proíbem sua limitação nos estados de exceção, os quais integram o bloco de constitucionalidade; e os tratados de limites (art. 102), que são normas que representam elementos constitutivos do território nacional e, portanto, do próprio Estado Colombiano<sup>41</sup>. E, por fim, apesar da supremacia constitucional sobre os demais tratados, o princípio do *pacta sunt servanda*, também acolhido pela Constituição, no caso de tratados inconstitucionais, impõe às autoridades políticas o dever de modificar o compromisso internacional a fim de ajustá-lo à Constituição ou reformar a Constituição para adequá-la às obrigações internacionais<sup>42</sup>.

39 C-191-98 e C-582/99.

40 C-358/97 e C-774-01.

41 C-191-98.

42 C-400/98, §§ 31-33.

Assim, após ter admitido que mesmo os tratados de direitos humanos que não possuem hierarquia constitucional podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis, a Corte Constitucional oferece uma solução para os eventuais conflitos entre normas constitucional e tratados supralegais.

Além disso, a Corte Constitucional Colombiana também utiliza a previsão do art. 93.2 para realizar a interpretação conforme os tratados internacionais dos direitos e deveres estabelecidos na Constituição, o que também implicou uma abertura para a jurisprudência internacional<sup>43</sup>. Um exemplo pode ser colhido na sentença T-1319/01, que envolveu o direito à liberdade de expressão e o direito à honra (“buen nombre”), na qual foram estabelecidos os seguintes pontos.

Diante da ausência de critérios previstos expressamente na Constituição para harmonizar a liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, os tratados internacionais contêm as bases que podem legitimar restrições a esse direito. A Corte concluiu que o artigo 93.2 constitucionaliza todos os tratados de direitos humanos ratificados e os referidos a direitos presentes na declaração constitucional, e, em virtude da regra hermenêutica, o intérprete deve escolher a regulação mais favorável à vigência dos direitos humanos<sup>44</sup>.

Sem embargo do dever de harmonização interpretativa, a Corte Constitucional acrescenta que tal regra hermenêutica não se restringe à inclusão de normas internacionais positivas de textura aberta, característica compartilhada com os direitos constitucionais, sendo necessária a fusão de ambas as normas e, principalmente, acolher a interpretação que as autoridades competentes fazem desses padrões internacionais e integrar essa interpretação ao exercício hermenêutico da Corte Constitucional. Por essa razão, a Corte colombiana considera que a jurisprudência das instâncias internacionais de direitos humanos constitui uma pauta relevante para interpretar o alcance desses tratados e, por conseguinte, dos direitos constitucionais<sup>45</sup>.

---

43 Uprimny (2001, p. 26) afirma que a interpretação conforme vem ganhando uma influência crescente na jurisprudência da Corte Constitucional, frente ao art. 93.1, a partir do qual se originou o conceito de bloco de constitucionalidade.

44 T-1319/01, § 12, 3.

45 T-1319/01, § 12, 3.

Concluiu a Corte que o bloco de constitucionalidade relativo à liberdade de expressão deve ser composto de normas internacionais, em particular a CADH e o PIDCP, juntamente com as interpretações de tais textos formuladas, respectivamente, pela CIDH, Corte IDH e pelo Comitê de Direitos Humanos<sup>46</sup>.

Na sentença C-09/2000, a Corte Constitucional inseriu a Convenção nº 169 da OIT no bloco de constitucionalidade colombiano, porquanto prevê Direitos Humanos de comunidades indígenas, cuja limitação está impedida mesmo em casos de Estados de exceção (FAJARDO ARTURO, 2007, p. 20). Anos depois, na sentença C-030/2008, a Corte colombiana declarou a inconstitucionalidade de lei ambiental, por afetar o aproveitamento florestal das comunidades indígenas sem que houvessem sido adequadamente consultadas, de acordo com a Convenção nº 169 (COURTIS, 2009, p. 66).

#### **4. Argentina: constitucionalidade dos tratados de direitos humanos**

Criada para pôr fim ao ciclo de guerras civis decorrentes da declaração de independência, a Constituição da Nação Argentina foi promulgada em 1853 e reformada sete vezes. Sua mais recente e importante alteração ocorreu no ano de 1994, impulsionada pelo Pacto de Olivos de 1993. Formulado pelo então Presidente Carlos Menem e o líder da oposição Raúl Alfonsín, o pacto fundava-se no consenso político, formado após a ditadura argentina, sobre a fragilidade da Constituição para evitar governos autocráticos, bem como sobre a necessidade de atenuar-se o presidencialismo, de estipular maiores garantias aos Direitos Humanos e de penalizar tentativas de golpes de Estado.

Na ocasião da reforma de 94, a parte denominada orgânica<sup>47</sup> da Constituição foi alterada para, dentre outras mudanças estruturais, atribuir hierarquia constitucional a 10 instrumentos internacionais<sup>48</sup> de proteção dos direitos hu-

46 T-1319/01, § 13, 3.

47 De acordo com Carlos Colautti (1998, p. 33-34), a Constituição argentina se compõe de duas partes: 1) *dogmática*: refere-se aos princípios doutrinários da Constituição (*Declaraciones, Derechos y Garantías*, arts. 1-43) e 2) *orgânica*: dispõe sobre a estruturação orgânica do Estado (*Autoridades de la Nación*, arts. 44-129).

48 Preferimos a expressão “instrumentos internacionais” a “tratados internacionais”, porque a Constituição argentina conferiu hierarquia constitucional a duas Declarações (Declaração Americana dos Direitos

manos<sup>49</sup> e permitir que outros pudessem ser constitucionalizados por intermédio do Congresso Nacional<sup>50</sup>. Além da inclusão de novos direitos na Constituição, o art. 75, 22 trouxe consigo incentivos para que a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina (SCJN) pudesse reforçar e consolidar a interpretação feita anteriormente à reforma de 1994 acerca da relação entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos.

De acordo com o texto original da constituição de 1853/60, os arts. 31 e 27, a exemplo da Constituição dos EUA, estipulavam que os tratados deveriam ser considerados leis supremas da nação, mas ressalvava sua aplicação nas hipóteses em que violassem princípios de direito público estabelecidos na Constituição. Os referidos artigos serviram de base para que a SCJN interpretasse as relações entre direito interno e internacional com base em uma conjunção entre regras de preferência e conteúdo (SAGUES, 2013, p. 342). Com relação às primeiras, uma vez que os tratados eram internalizados mediante leis<sup>51</sup>, eles foram equiparados às leis nacionais e os conflitos entre tratado e lei eram solucionados pelo critério da aplicação de lei mais recente e, quanto às segundas, os tratados deveriam respeitar princípios constitucionais.

A referida compreensão dualista da Constituição (BAZAN, 2010, p. 366 e TORRES LÉPORI, 1997, p. 289) foi exposta no caso *Martin y Cia* (1963)<sup>52</sup>.

---

e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos) e protocolos facultativos. Dalla Via (2010, p. 568), analisando os debates constituintes, afirma que os constituintes divergiram quanto à forma da cláusula de atribuição de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Alguns sugeriram, como Bidart Campos, que a Constituição previsse uma cláusula aberta, alcançando todos os tratados de Direitos Humanos de forma genérica, mesmo porque o país já havia ratificado inúmeros tratados sobre a temática. Contudo, optou-se pelo formato de lista para que houvesse mais controle quanto aos tratados, evitando discussões a respeito de prescrições normativas de conteúdo de direitos humanos em tratados que não tivessem, diretamente, tal objeto (DALLA VIA, 2010, p. 568).

49 Cf. nota 21.

50 Serão considerados de hierarquia constitucional os tratados que passarem por maioria especial de 2/3 dos membros totais de cada uma das câmaras legislativas. Atualmente, são considerados constitucionais por atribuição constitucional os seguintes tratados: 1) Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (hierarquizada em 1997), 2) Convenção sobre os crimes de guerra e crimes contra a humanidade (hierarquizada em 2003), 3) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (hierarquizada em 2014).

51 Cf. seção 1 acima.

52 CSJN, 6 de noviembre de 1963, “Martín y Cía. Ltda. S.A. c/Gobierno Nacional, Administración General de Puertos”, *Fallos*: 275:99. Questionava-se, na hipótese, a validade do Decreto-Lei 6.575/58,

A SCJN julgou improcedente a alegação de inconstitucionalidade do decreto impugnado, porquanto considerou que não havia base legal (fundamento normativo) para conceder prioridade aos tratados internacionais em relação às leis editadas pelo Congresso Nacional argentino. Por conseguinte, os conflitos entre normas de igual hierarquia deveriam solucionar-se pelo critério da aplicação da norma mais moderna<sup>53</sup>. A Corte argentina sustentou a diferença entre os tratados como convênios entre nações soberanas e tratados enquanto normas internas, os primeiros seriam de assunto exclusivamente das relações internacionais da Nação, matéria alheia à jurisdição das cortes internas<sup>54</sup>.

A doutrina *Martin* perdurou até 1992, quando a SCJN analisa as relações entre o direito interno e o direito internacional com o acréscimo de dois novos fatores: a ratificação da CVDT e a aplicação direta da CADH (SAGUES, 2013, p. 343).

A superação do precedente da década de 60 ocorre no paradigmático caso *Ekmekdjian c/ Sofovich* (1992)<sup>55</sup>, em que Miguel Ekmekdjian recorre à Suprema Corte em face da denegação de *Amparo* das instâncias inferiores para que obrigassem Gerardo Sofovich, apresentador televisivo, a ler carta do autor em resposta às supostas blasfêmias sobre Jesus Cristo e a Virgem Maria proferidas por Dalmiro Saenz no programa de Sofovich. O autor baseava sua queixa no Art. 33 da Constituição Argentina e no Art. 14 da CADH.

A SCJN começa sua análise reconhecendo o caráter fundamental do direito de resposta. Ao mesmo tempo, a Corte problematiza se tal direito integraria o ordenamento jurídico argentino como um recurso jurídico imediato à disposição dos particulares<sup>56</sup>. A previsão do direito de resposta no ordenamento argentino, por sua vez, foi estabelecida pelo art. 14 da CADH (aprovada pela 23.054) que, ao ser ratificada, tornou-se “lei suprema da Nação” (art. 31 – CA). Sobre essa base, a questão que o Tribunal passa a examinar diz respeito ao efeito direto (operatividade) dessa disposição ou se ela requeria

---

que alterava o Tratado de Comércio e Navegação celebrado com o Brasil, em 1940, e aprovado pela lei 12.688. O tratado previa isenções de impostos, taxas e encargos, ignorados pelo decreto-lei.

53 *Idem*, considerando nº 06 e 08.

54 *Idem*, considerando nº 09.

55 CSJN, 07 de julio de 1992, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos*: 315:1492, LL, 1992-C.

56 Considerando nº 07.

complementação legislativa<sup>57</sup>. Para responder a essa pergunta, a SCJN desenvolve os fundamentos a seguir.

Para a Corte, a violação de um tratado internacional pode decorrer tanto do estabelecimento de normas internas que prescrevam uma conduta manifestamente contrária quanto da “omissão” em estabelecer disposições que tornem possível seu cumprimento<sup>58</sup>. Ademais, a revogação de um tratado internacional por uma lei do Congresso viola a repartição constitucional de competências, uma vez que representaria uma invasão, pelo Poder Legislativo, das atribuições do Poder Executivo, que, de acordo com a Constituição, conduz de maneira exclusiva as relações exteriores da Nação<sup>59</sup>.

Em seguida, a Corte afirma que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (em vigor desde 27/01/1980) conferiria “primazia” ao direito internacional convencional sobre o direito interno (art. 27), que se integra ao ordenamento jurídico argentino. A Convenção de Viena insere, conseqüentemente, o elemento ausente na doutrina *Martin* – base legal para garantir a primazia do direito internacional. Portanto, a CSJN revogou expressamente aquele precedente<sup>60</sup> e asseverou que a CVDT impõe aos órgãos do Estado argentino assegurar primazia ao tratado ante um eventual conflito com qualquer norma interna contrária ou com a omissão de editar disposições que, por seus efeitos, sejam equivalentes ao descumprimento do tratado internacional<sup>61</sup>.

A interpretação do parágrafo anterior, segundo a Corte, estaria de acordo com as exigências de “cooperação, harmonização e integração internacionais” que a República Argentina obrigara-se, além de prevenir a eventual responsabilização do Estado, que deveria ser evitada também pela CSJN no exercício de sua jurisdição<sup>62</sup>. Assim, uma disposição convencional “é operativa quando está dirigida a uma situação da realidade na qual pode operar imediatamente, sem necessidade de instituições que o Congresso deva estabelecer”. Dessa forma, o art. 14.1 da CADH possui uma redação clara em

---

57 Considerando nº 15.

58 Considerando nº 16

59 Considerando nº 17.

60 2º parágrafo do Considerando nº 18.

61 Considerando nº 19.

62 2º parágrafo do Considerando nº 19.

relação ao direito de retificação e resposta, ainda que remeta à lei as particularidades de sua regulamentação<sup>63</sup>.

Além do mais, argumentou a Corte, a interpretação do texto da CADH também deve guiar-se pela jurisprudência da Corte IDH, a qual já havia declarado que o art. 14.1 reconhece um direito internacionalmente exigível, cabendo aos Estados apenas regulamentar as condições do exercício do direito de resposta (espaço a ele destinado, prazos, termos aceitáveis), das quais não depende sua exigibilidade (OC nº 7/86)<sup>64</sup>. Baseando-se nesse entendimento, a CSJN considera que tais medidas incluem as decisões judiciais, o que autoriza o judiciário a determinar as características com que esse direito, já conferido pelo tratado, será exercido no caso concreto<sup>65</sup>.

A decisão da SCJN de 1992 antecipa, em poucos anos, o redimensionamento constitucional do direito internacional dos direitos humanos na reforma constitucional de 1994. Como afirmado anteriormente, o art. 75, 22 da parte orgânica da Constituição argentina elevou instrumentos internacionais à categoria constitucional. No entanto, aquela disposição normativa impunha certas condições para a aplicação da hierarquia constitucional dos tratados: 1) nas condições de sua vigência; 2) não derogam nenhum artigo da primeira parte (dogmática) da constituição e 3) são complementares das declarações de direitos.

Tais condicionantes causaram impasses na doutrina argentina. Pairavam dúvidas acerca da natureza da previsão constitucional: seria uma incorporação dos tratados ao texto constitucional ou apenas a atribuição da qualidade de hierarquia constitucional (inclusão no bloco de constitucionalidade)? (DALLA VÍA, 2010, p. 569); as condições de vigência seriam aquelas referentes às determinadas pelo direito interno (reservas e denúncia) ou às estipuladas pelos órgãos de monitoramento dos tratados? (DIEGO DOLABJIAN, 2013, p. 97-99) e, por fim, a complementariedade e inderrogabilidade da parte dogmática significariam que as normas internacionais estariam submetidas às normas constitu-

---

63 Considerando nº 20.

64 Considerando nº 21.

65 3º parágrafo do Considerando nº 22.

cionais originárias (que poderiam derogá-las) ou uma doutrina interpretativa harmonizadora deveria ser criada para compatibilizá-las.<sup>66</sup>

A SCJN respondeu algumas dessas perguntas refinando o que Sagues<sup>67</sup> denominou de “doutrina do seguimento” desenvolvida em *Ekmejdjian*. No julgado *Gioldi* (1995)<sup>68</sup>, a Corte considerou que as “condições da sua validade” estipuladas na Constituição (art. 75,22), dizem respeito à forma como a CADH aplica-se na arena internacional e levando em conta sua interpretação jurisprudencial feita pela Corte IDH. Assim, a jurisprudência internacional deve servir como um guia para a interpretação dos preceitos constitucionais<sup>69</sup>.

Um ano depois de *Gioldi*, a SCJN, no caso *Chocobar* (1996)<sup>70</sup> interpretou a cláusula da complementariedade constitucional no sentido de necessária harmonização entre direitos humanos e fundamentais, e afastou a ideia de que a aplicação dos direitos presentes na primeira parte da Constituição pudesse derogar ou entrar em colisão com os previstos nos tratados dotados de hierarquia constitucionais<sup>71</sup>. Por fim, a inderrogabilidade deve ser interpretada como um juízo de compatibilidade e harmonização já exercido pelos constituintes, cabendo ao judiciário respeitá-lo e não alterá-lo<sup>72</sup>.

Após acolher a “doutrina do seguimento”, pós-reforma de 1994, em *Gioldie* ter interpretado o art. 75,22 no sentido de exigir que os direitos constitucionais sejam interpretados de forma harmoniosa com os direitos humanos previstos nos tratados internacionais dotados de hierarquia constitucional em *Chocobar*,

---

66 Torres Lépori (1997, p. 292) interpreta o art. 75,22 em conjunto com o art. 27 (tratados devem seguir os princípios do direito público constitucional argentino) para concluir que os tratados internacionais de direitos humanos estão situados acima das leis, mas abaixo da Constituição.

67 Para Néstor Sagués (2013, p. 346-347), após *Ekmejdjian c/ Sofovich* os juízes argentinos devem seguir as diretrizes fixadas pela Corte IDH, ainda que não de forma automática. Nesse sentido, os juízes não podem ignorar a jurisprudência da CtIDH, devem projetá-la e para afastá-la, terão que expor fortes argumentos justificadores para o não seguimento.

68 SCJN, “*Gioldi, Horacio D. y otro s/ Recurso de casación*” 40 (7 de abril de 1995). Fallos, 318:514

69 Considerando nº 11. Em sentido contrário, Malarino (2011, p. 450) considera que “as condições da vigência” se referem àquelas ao tempo da constitucionalização do tratado pela Constituição Argentina.

70 SCJN, ‘*Chocobar, Sixto c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*’. Sentencia del 27 de diciembre de 1996..

71 Considererando nº 11.

72 Considererando nº 12 e 13.



a SCJN dá um passo em direção ao acolhimento do controle de convencionalidade no direito argentino em *Simón*<sup>73</sup>.

Em *Simón* (2005), a SCJN declarou a inconstitucionalidade das leis 23.492 e 23.521, conhecidas, respectivamente, como leis de “Ponto Final” (1986) e “Obediência Devida” (1987). Ambos os atos normativos, durante sua vigência, impediram o julgamento e punição dos responsáveis pela prática de crimes hediondos na última ditadura militar ocorrida na Argentina (1976-1983).

A Corte argentina observa, como ponto de partida, que houve mudanças no direito argentino desde que essas leis foram promulgadas e declaradas constitucionais anteriormente<sup>74</sup>. Assim, o nível constitucional conferido em 1994 aos tratados internacionais de direitos humanos significou que o Estado assumiu uma série de obrigações perante o direito internacional e, especialmente, à ordem jurídica interamericana, que, entre outros, limitam a possibilidade de omitir a persecução de crimes contra a humanidade<sup>75</sup>.

Argumentou a Corte que, embora importantes mecanismos constitucionais de pacificação social (art. 75,20 da CN), o poder conferido ao legislativo de promulgar anistias encontrava-se limitado em relação às graves violações de direitos humanos, tal como estipulado pela CADH,<sup>76</sup> e, especialmente, por seus órgãos de monitoramento, que desenvolvem jurisprudências que constituem imprescindíveis pautas interpretativas<sup>77</sup>. A Corte argentina ressaltou que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que as leis argentinas violavam os arts. 1º, 8º e 25 da CADH, recomendando que o Estado Argentino adotasse medidas necessárias para esclarecer os fatos e individualizar os responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar<sup>78</sup>. No entanto, restavam dúvidas acerca de quais medidas necessárias deveriam ser tomadas para cumprir a CADH<sup>79</sup>.

O esclarecimento dessas dúvidas ocorreu com o julgamento da Corte IDH, no caso “Barrios Altos”, ocasião em que ficou decidida a inadmissibilidade das

73 SCJN. *Simón*, Julio Héctor y otros/ privación ilegítima de la libertad, etc.. Fallos 326:2056.

74 SCJN. Ramón Juan Alberto Camps y otros. Fallos 310:1162, 1987.

75 Considerandos nº 14 e 15.

76 Considerando nº 16.

77 Considerando nº 17.

78 Considerandos nº 19 e 20 e Informe 18/92 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

79 Considerando nº 22.

disposições das leis de anistia que excluam a responsabilidade e impediam a investigação de violações de direitos humanos<sup>80</sup>, portanto, tais leis careceriam de validade jurídica. A SCJN concluiu que a “traslación” dessas conclusões para o caso argentino era “imperativa”, pois, apesar de leis editadas em um contexto e por justificações diversas daquelas encontradas no caso peruano, materialmente, compartilhavam do mesmo vício material, que seria o de garantir a impunidade de graves violações de direitos humanos.

Por fim, no caso *Mazzeo* (2007)<sup>81</sup>, a SCJN acolheu a obrigação de cumprimento do controle de convencionalidade das leis argentinas, tal como determinada pela Corte IDH<sup>82</sup>. O caso em análise foi trazido à Suprema Corte para que confirmasse a declaração de inconstitucionalidade do Decreto de indulto 1002/89, conferido pelo Poder Ejecutivo Nacional (PEN) em favor de Santiago Omar Riveros e outros, por atos considerados como crimes de lesa humanidade.

Após ressaltar a natureza tipicamente internacional da definição dos crimes categorizados como de lesa humanidade<sup>83</sup>, a Corte ocupou-se de demonstrar que tais definições deveriam ser acolhidas no plano interno em função da mudança de paradigmas do direito internacional, que não seria apenas marcado pela relação entre Estados soberanos, mas assumia, após 1945, uma feição humanitária com os direitos humanos<sup>84</sup>. Os instrumentos internacionais, por sua vez, preveem direitos inerentes à dignidade que preexistem ao ordenamento estatal (parâmetros universalmente válidos), e não podem ser violados pelo Es-

---

80 Considerando nº 23.

81 “Mazzeo, JulioLilo y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248 (2007)

82 A conclusão da SCJN no caso *Mazzeo* não é unanimidade entre os autores argentinos. Malarino (2011, p. 440-442), por exemplo, considera que a doutrina do controle de convencionalidade, tal como desenvolvida pela Corte IDH, está fundada em premissas ilógicas: afirmar o monopólio da palavra final no âmbito internacional não é uma premissa capaz de tornar a jurisprudência da corte interamericana vinculante no direito interno dos países que ratificaram a CADH. Ademais, ainda com Malarino, o que faz parte do direito argentino é a CADH, e não a jurisprudência da Corte IDH. O autor argumenta, por conseguinte, que a frase “servir de guia” não é capaz de demonstrar uma diretriz mais clara sobre a força vinculante da jurisprudência interamericana, pois ela pode ensejar tanto uma obrigação de seguir (sentido rejeitado pelo autor), quanto uma obrigação de consideração (interpretação sufraga pelo autor, que defende a possibilidade de rejeição e distinção dos precedentes da Corte IDH).

83 Considerandos nº 09 e 10.

84 Considerando nº 11.

tado<sup>85</sup>. Ainda que tenham sido previstas na Constituição e atribuída sua devida importância, algumas disposições do direito internacional independem do consentimento expresso das nações, o chamado *jus cogens*. Tais normas impõem a vedação do cometimento de crimes de lesa humanidade, inclusive em épocas de guerras<sup>86</sup> e existiam na época do cometimento dos crimes analisados<sup>87</sup>. Ademais, por sua força, demandariam que tais crimes sejam investigados.

Tais princípios foram reforçados pela CADH e pelo PIDCP e incorporados ao direito argentino, em contínua interação, ao ordenamento constitucional pós-reforma de 1994<sup>88</sup>. A atribuição de hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos significou o reconhecimento da importância das obrigações internacionais relativas à proteção humana e, jurisprudencialmente, o caso *Ekmekdjian* impôs que as decisões da Corte IDH servissem de pauta interpretativa para que tais obrigações fossem concretizadas no âmbito judicial<sup>89</sup>. Por fim, a Corte lembrou o caso *Almonacid Arellano* (2006) para sugerir que “a doutrina do seguimento” se qualifica como uma obrigação internacional por conta do controle de convencionalidade<sup>90</sup>.

## **5. Brasil: supralegalidade dos tratados de direitos humanos**

Fruto do longo processo de transição democrática, a Constituição de 1988 ampliou de maneira significativa os direitos da pessoa humana e devolveu a independência ao Poder Judiciário, não apenas por meio de suas tradicionais garantias (art. 95 da CF/88), mas também assegurando-lhe autonomia financeira (art. 99 da CF/88) e ampliando as competências do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a, b, q e § 1º).

Embora contenha um artigo sobre os princípios das relações internacionais do país (art. 4º da CF/88), a Constituição, tal como as anteriores, não dispôs, detalhadamente, sobre a incorporação dos tratados internacionais ao ordena-

---

85 Considerandos nº 12 e 13.

86 Considerando nº 15

87 Considerando nº 16.

88 Considerando nº 17-19.

89 Considerando nº 20.

90 Considerando nº 21.

mento interno<sup>91</sup>. Sem embargo, dois artigos constitucionais orientaram o debate acerca da posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos no STF a partir de 1988: o art. 102, III, *b*, que manteve a tradicional referência ao controle de constitucionalidade dos tratados internacionais via Recurso Extraordinário e o art. 5º, § 2º, que inovou ao qualificar como fundamentais os direitos previstos nos tratados internacionais.

Nesse sentido, podemos identificar, pelo menos, quatro teses sobre o tema da hierarquia dos tratados de direitos humanos em nosso país, quais sejam: 1) supraconstitucionais; 2) constitucionais; 3) supralegais ou 4) lei ordinária.

A supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos foi tese adotada por Celso de Albuquerque Mello (1999), que defendeu a supremacia das normas internacionais sobre as nacionais, que preponderam mesmo em face do texto constitucional, portanto, nem mesmo emenda constitucional poderia suprimir a norma internacional subscrita pelo Estado. Isto porque, para o referido autor, o Estado não existe fora do contexto internacional, o que faz com que a Constituição dependa da sociedade internacional, da qual recolhe a noção de soberania.

A constitucionalidade dos tratados foi sugerida, inicialmente, por Antônio Augusto Cançado Trindade (2000) na Assembleia Constituinte e academicamente logo após a promulgação da Constituição (CANÇADO TRINDADE, 1991), e foi endossada, posteriormente, por Flávia Piovesan (1997)<sup>92</sup>. O principal argumento da tese é a prescrição normativa do art. 5º, § 2º da Constituição, que disciplinaria a incorporação dos tratados de direitos humanos como direitos fundamentais, portanto com hierarquia constitucional.

A tese da legalidade dos tratados foi proposta pelo STF no julgamento do RE 80.004/SE na década de 70, portanto, anteriormente à Constituição de 1988 e da inclusão do art. 5º, § 2º. Segundo a referida concepção, os conflitos entre tratados e lei se resolveriam pelo critério da revogação do ato anterior pela lei mais moderna (uma lei interna posterior ao tratado teria poder para revogá-lo). Mesmo depois de 1988, o STF manteve seu posicionamento no HC 72.131/RJ

---

91 Pedro Dallari (2003) considera a Constituição brasileira omissa no que tange a incorporação de tratados internacionais e sugere alterações constitucionais para explicitar a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais e sua superioridade em face da legislação ordinária..

92 Muitos autores seguiram o defendido por Piovesan, exemplificativamente, cf ; GUERRA (2008), MAZZUOLI (2011). No âmbito do STF, o min. Carlos Velloso foi o primeiro a aventar a possível constitucionalidade dos direitos humanos oriundos dos tratados internacionais no HC 72.131.

(1995). A principal justificativa suscitada à época foi a de que os tratados não poderiam restringir a eficácia da norma constitucional.

A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos foi, inicialmente, aventada em *obiter dictum* no voto do Min. Sepúlveda Pertence no RHC 79.785/RJ (2000). Segundo o ministro, a Constituição sempre prevaleceria sobre o direito internacional, uma vez que o juiz nacional está a ela subordinado, portanto, a solução para conflitos deve ser buscada na própria Constituição. No entanto, os direitos fundamentais serviriam de medida limitadora da atividade estatal, portanto, equiparar os tratados de direitos humanos à lei ordinária, seria restringir e esvaziar de eficácia a própria noção ínsita de sua existência, qual seja, conter abusos estatais, inclusive, legislativos.

Nas duas décadas após a promulgação da Constituição, o STF manteve-se firme na interpretação do nível legal de todos os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos. Além disso, também manteve a necessidade do decreto presidencial para a vigência do tratado na ordem interna<sup>93</sup>.

A tese da supralegalidade foi reforçada em 2008, em julgado sobre a prisão do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária, com base no Decreto-Lei 911/69 (RE 464.343/SP). De acordo com o Ministro Relator, Gilmar Mendes, as normas supralegais detêm o poder de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina infraconstitucional conflitante. Por consequência, o art. 7.7 da CADH, que limita a prisão civil à hipótese de dívidas alimentares, diretamente, limitou a eficácia do Decreto-Lei e do art. 652 do Código Civil de 2002.

Sob o impacto das mudanças trazidas pela EC nº 45, a defesa da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos<sup>94</sup> pode ser sintetizada com base nos seguintes argumentos: a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciado na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais; b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna e c) o entendimento de que a inclusão do

93 Cf. ADI 1480.

94 Assim, o Min. Gilmar Mendes afirma, em seu voto no RE nº 466.343, que a inclusão do § 3º do art. 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado

§ 3º do art. 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais, gozando de lugar privilegiado no ordenamento jurídico (MAUÉS, 2013, p. 218-219). O próprio caso do depositário infiel demonstra que, incorporado o tratado ao direito interno, o STF reconhece seu efeito direto, tal como se pode verificar também em outros exemplos de sua jurisprudência<sup>95</sup>.

Não obstante o importante passo no reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e da força paralisante que exercem sobre a legislação infraconstitucional (consequência do efeito direto), o STF não desenvolveu princípios interpretativos harmonizadores (interpretação conforme) das normas constitucionais com os padrões jurisprudenciais internacionais, tal como veremos nos exemplos abaixo.

No caso da ADPF 153 (2010), a questão residia em saber se os agentes públicos que cometeram violações de direitos humanos na época da ditadura militar estariam anistiados pela lei 6.683/79 (lei de anistia). O caso foi originado por ADPF ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, em que se pretendia a não recepção da Lei 6.683/79 ou que fosse conferida ao § 1º, do art. 1º interpretação conforme a Constituição para excluir da anistia os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).

Para o relator, Ministro Eros Grau, a anistia não se caracterizaria como uma lei-norma, mas uma lei-medida, que esgota seus efeitos no momento específico de sua edição e, por essa razão, a interpretação a ser feita da lei deve levar em

---

no ordenamento jurídico” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.144), o que indicava a insuficiência da tese da legalidade ordinária desses tratados e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o Min. Celso de Mello destacava que a EC nº 45 “introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.262).

95 No RE 440.028/SP (DJe 29/10/13), a 1ª Turma do STF considerou que decisão judicial obrigando o poder público a construir rampa ou elevador para acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais na ausência de lei específica, não se caracterizaria como intervenção indevida do judiciário em políticas públicas, porquanto seria determinação de norma internacional de status constitucional, a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (único tratado internacional que atendeu aos requisitos de incorporação do art. 5º, § 3º). De acordo com o ministro relator, Marco Aurélio, a referida norma constitucional teria eficácia imediata, portanto, aplicável independentemente de leis.

consideração o contexto fático e político de sua criação. Para o relator, a lei serviria como a expressão de um acordo político formalizado para que o país transitasse da ditadura para a democracia de maneira mais expedita e segura. Acordo que teria sido reafirmado no momento constituinte de 87/88. Dessa forma, o conceito de conexão presente na lei não seria o, tradicionalmente, desenvolvido pela literatura criminal, mas um conceito específico do momento histórico vivido pelo país.

Os argumentos baseados em instrumentos internacionais, sustentou o relator, não seriam suficientes para afastar a lei de anistia brasileira, porque a República teria ratificado tratados da ONU que vedam a tortura posteriormente à lei objeto da ADPF, e que o instrumento internacional não poderia exercer efeitos retroativos<sup>96</sup>. Ainda que tenha feito de forma indireta (pela citação de trecho de trabalho acadêmico), o relator afastou os precedentes da Corte IDH (sem ao menos discutir os fundamentos das decisões interamericanas) com base no limite temporal estabelecido pelo Estado brasileiro quando do reconhecimento da competência contenciosa da corte de direitos humanos (ou seja, apenas para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998).

No julgamento da ADI 5240, o STF decidiu que o art. 7º, 5 da CADH, em função do seu caráter supralegal, emana eficácia geral e *erga omnes*, operando a garantia de direitos que podem ser cumpridos mediante normas infraconstitucionais, como provimentos de tribunais que regulamentam a audiência de custódia criada pela convenção. Não obstante a Corte IDH ter jurisprudência que poderia corroborar a interpretação do STF<sup>97</sup>, nenhuma menção foi feita às decisões interamericanas.

Dessa forma, a jurisprudência do STF – e nisso ela se diferencia dos demais tribunais analisados – não desenvolve argumentos sobre os problemas derivados do descumprimento de uma obrigação internacional em razão de seu possível conflito com a Constituição. Ao contrário, embora tenha interpretado à luz da CADH o dispositivo constitucional sobre a prisão civil do depositário infiel, nessa mesma decisão o STF reafirmou a supremacia formal e material da

---

96 Vasconcelos (2012) considera que esses argumentos do STF podem representar uma interpretação mais favorável aos direitos e liberdade fundamentais, atendendo ao princípio *pro homine*.

97 Caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. 2005. Serie C No. 137, § 109 (O controle judicial imediato é uma medida destinada a evitar a detenção arbitrária ou ilegal, como garantia da presunção de inocência) e Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. 2006. Serie C No. 141, § 88 (a revisão judicial imediata da detenção é particularmente relevante quando se aplica em situações de flagrância).

Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, sugerindo que a solução para o caso se baseou em um aspecto hierárquico (tratados supralegais paralisam a legislação infraconstitucional), e não em uma harmonização entre as normas constitucionais e internacionais. Portanto, nas hipóteses em que o STF identifique um conflito inconciliável entre um tratado internacional e a constituição, a última prevalecerá, pois ausentes os argumentos de garantia do cumprimento de obrigações internacionais.

No caso da lei de anistia, por exemplo, o risco de condenações internacionais do país por violações de direitos humanos foi desconsiderado, ou ao menos subestimado, quando os ministros consideraram irreformável a decisão política de editar a lei de anistia brasileira. A configuração do acordo político da anistia como uma norma de natureza constituinte inviabilizou a utilização de padrões internacionais supralegais para a fiscalização da lei brasileira, demonstrando que o principal argumento fora a proteção da supremacia constitucional, ainda que ao custo de obrigação internacional assumida pelo país.

## Conclusões

Os estudos comparados utilizados como referência neste trabalho indicam que as diferentes formas utilizadas para a incorporação dos tratados de direitos humanos previstas constitucionalmente não influenciam, necessariamente, sua aplicação no direito interno. Aos procedimentos constitucionais de incorporação devem ser somados outros fatores, tais como: a independência do poder judiciário (capacidade de fiscalização dos demais poderes com base em padrões normativos internacionais), atribuição de efeito direto aos tratados internacionais (aplicação dos direitos situados em tratados independente de atuação legislativa posterior) e utilização da interpretação conforme (emprego de critérios hermenêuticos capazes de compatibilizar o conteúdo das normas constitucionais com as internacionais).

Podemos constatar a presença desses três elementos nos casos da Colômbia e da Argentina, a partir de mudanças jurisprudenciais sobre os tratados de direitos humanos que decorreram de mudanças constitucionais ou da ratificação de determinados tratados internacionais. No caso colombiano, a criação do bloco de constitucionalidade deveu-se à previsão normativa trazida pela Constituição de 1991 (art. 93). Não obstante o caso *Ekmekdjian* tenha sido julgado antes da



reforma constitucional argentina de 1994, a incorporação da CVDT forneceu incentivos para alterações nas relações entre o direito interno e internacional. Por outro lado, a edição da EC nº 45/04 foi o incentivo normativo para que o STF alterasse jurisprudência acerca do status dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

A posição hierárquica dos tratados em face da Constituição não é o único fator determinante para seu impacto no ordenamento jurídico interno. Em nenhum dos países analisados os tratados possuem superioridade hierárquica sobre a Constituição e, mesmo naqueles que atribuem primazia ou prevalência aos tratados de direitos humanos (Colômbia e Argentina), há debates acerca de sua exata posição hierárquica. No caso brasileiro, uma decisão controversa como a da supralegalidade possibilita que normas infraconstitucionais sejam objetos de fiscalização por parte do judiciário. Ou seja, a consequência das diferentes posições hierárquicas dos tratados é semelhante.

Tal como vimos, as Cortes de Colômbia e Argentina baseiam-se em normas constitucionais para reconhecer hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos, normas essas que não aparecem da mesma forma expressa na Constituição de 1988. No entanto, esse nível hierárquico não elimina a possibilidade de haver conflitos entre os tratados de direitos humanos e a Constituição. Nessas situações, a Corte Constitucional Colombiana reafirma a supremacia constitucional, porém, busca resolver eventuais conflitos por meio da interpretação conforme ou mesmo indicando a necessidade de reforma constitucional. Por sua vez, a Corte Suprema Argentina, mesmo antes da reforma constitucional de 1994, já havia reconhecido o efeito direto da CVDT, sem necessitar envolver-se com o debate sobre seu nível hierárquico no ordenamento interno e recusando utilizar a supremacia constitucional como justificativa para o descumprimento de obrigações internacionais.

Portanto, o reconhecimento da primazia ou prevalência dos tratados internacionais é um elemento mais importante para sua recepção do que o nível hierárquico a eles conferido pelo ordenamento jurídico interno. Esse princípio, além de reforçar o efeito direto dos tratados internacionais, contribui para o uso da interpretação conforme, pois, tal como vimos, possibilita buscar soluções harmonizadoras entre o direito interno e o direito internacional sem recorrer a argumentos de cunho hierárquico.

A ausência do critério da interpretação conforme no STF também pode explicar porque a suprema corte não recorre à jurisprudência da Corte IDH de

maneira sistemática, mesmo em casos de convergência jurisprudencial. Conforme o coletado da experiência comparada, a utilização da jurisprudência interamericana na Colômbia e Argentina justificou-se pela via da interpretação conforme, de acordo com os seguintes argumentos: a) o referido critério hermenêutico reflete a preocupação judicial de atribuir efeito útil ao tratado, garantindo o cumprimento das obrigações internacionais e b) pelo fato de que o cumprimento daquelas obrigações não se esgota na mera incorporação de normas internacionais de conteúdo abstrato, sendo necessário o recurso à interpretação realizada pelos órgãos encarregados de monitorar o tratado internacional para a realização da hermenêutica compatibilizadora. Dessa forma, podemos concluir que, enquanto o STF não lançar mão do princípio da interpretação conforme, a utilização da jurisprudência da Corte IDH continuará a ser esparsa e estratégica, limitando a recepção da CADH em nosso ordenamento<sup>98</sup>.

## Referências

ALSTINE, Michael P. Van. The role of domestic courts in treaty enforcement. In: SLOSS, David (Org.). *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University, 2009. p. 555-613.

ARANGO OLAYA, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Precedente*. Vol. 04, nº 01, 2004, p. 79-102.

ARTEAGA, Alejandro Ramelli. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*. nº 20, 2007, p. 19-31.

BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, 2010, p. 359 - 388.

---

98 A ratificação da CVDT pelo Brasil em 2009 pode, no entanto, oferecer uma nova fundamentação para o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo país. Além de impedir a invocação de normas internas como escusa para o inadimplemento de tratados (art. 27), a Convenção de Viena prevê regras específicas para a interpretação dos tratados internacionais (arts. 31-33), que podem favorecer a construção da interpretação conforme, porquanto os tratados internacionais devem ser interpretados à luz de seus objetivos e finalidades.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. New York: Oxford University Press, 2011.

BREGAGLIO, Renata. Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídica de los tribunales nacionales. *Hendu - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol 5, Nº 2 (2014), pp. 15-32.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 2000.

\_\_\_\_\_. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. *American Journal of International Law*, v. 97, nº 01, p. 38-79, 2003.

CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Mexico. Vol. XI, 2011, p. 593-624.

COLAUTTI, Carlos E. *Derecho constitucional*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1998.

CONTESSÉ, Jorge. *The last word? Control of conventionality and the possibility of conversations with the Inter-American Court of Human Rights*. 2012. <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Eng\\_20130514.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Eng_20130514.pdf)>. p. 01-28, acesso em 12 de Agosto de 2014.

CONSTENLA, Carlos. Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. nº 38, 2003.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*. 2009, vol. 6, n.10, p. 52-81.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo. La protección de los derechos humanos en Argentina. In: Bogdandy, Armin Von; PIOVESAN, Flavia e ANTONIAZZI,

Mariela Morales (coord.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 565-580.

DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOLABJIAN, Diego. Constitución y derechos humanos. 75:22: modelo para armar. *Contextos*. vol. 05, nº 01, 2013, p. 89-123.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Vol. 50, nº 01, p. 45-93, 2015.

FAJARDO ARTURO, Luis Andrés, Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar*. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 7, nº 13, 2007, p. 15-34.

GUERRA, Sidney. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

HARRIS, D.J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, C. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2ª. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HENAO HIDRÓN, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano*. 14. ed. Bogotá: Temis, 2013.

KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone. Assessing the impact of the ECHR on national legal systems. \_\_\_\_\_ (eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 677-712.

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta a “la presente crisis”. In: ALVIAR GARCÍA, Helena; LEMAITRE RIPOLL, Julieta; PERAFÁN LIÉVANO, Betsy (Orgs.). *Constitución y democracia en movimiento*. Bogotá: Uniandes, 2016.

MAGALHÃES, Breno Baía. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, nº 02, p. 77-96, 2015.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de La jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela, (Org.). Konard Adenauer, Berlin, 2011, 425-445.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 10, nº 18, jun, p. 215-235, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-33.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*. 5ª ed. Editorial Temis: Bogotá, 2002.

NOLLKAEMPER, André. *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University, 2012.

PAGLIARI, Arturo Santiago. Derecho internacional y derecho interno: el sistema constitucional argentino. *Ars Boni et Aequi*. Vol. 7, nº 02, p. 17-41, 2011.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRADA, Maria Angélica. Colombia. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.). *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.

SAGUÉS, Néstor. El control de convencionalidad en argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de*

*convencionalidade*: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 343-358.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española). In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.). *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, n.º. 29, p. 99-137, 1994.

SLOSS, David. Treaty enforcement in domestic courts: a comparative analysis. \_\_\_\_\_ (Org). *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 01-66.

TODA CASTAN, Daniel. The transformation of the Inter-American System for the Protection of Human Rights: the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties. *Global Campus Awarded Theses 2010/2011*. Venice: EIUC, 2013.

TORRES LÉPORI, Alejandro. Los tratados internacionales en la Constitución argentina. *Lecciones y Ensayos*. Números 67-68, 1997.

VASCONCELOS, Eneas Romero. Do conflito entre direito nacional e internacional: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Caso Araguaia”) vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 153). *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n.º 7, p. 170-200, 2012.

# Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una Propuesta de Metodología

Sergio Iván Anzola<sup>1</sup>  
Beatriz Eugenia Sánchez<sup>2</sup>  
René Uruña<sup>3</sup>

## Introducción

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) constituye un activo importante para la protección de los derechos humanos en las Américas. Su naturaleza subsidiaria garantiza que, frente a la denegación de justicia por parte de los Estados, los individuos tengan otra instancia a la cual acudir para hacer valer sus derechos. Esta instancia adicional es una de las principales virtudes del sistema, pues representa un gran avance en la protección de las personas y su dignidad humana. De hecho, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Coridh) reconoce que sus sentencias son, por sí solas, una forma de reparación.<sup>4</sup>

- 
- 1 Doutorando em Direito pela Universidad de los Andes (Colômbia). Mestre em Direito pela Universidade de Helsinque (Finlândia).
  - 2 Professora da Universidad de los Andes (Colômbia). Doutora em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid (Espanha).
  - 3 Professor da Universidad de los Andes (Colômbia). Doutor em Direito pela Universidade de Helsinque (Finlândia).
  - 4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 15 de septiembre de 2005 sobre fondo, reparaciones y costas, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*: la Corte declaró por unanimidad que: “[...] 4. [La] Sentencia constituye *per se* una forma de reparación”, en los términos del párrafo 131 de la misma. Ver también el *Caso Acosta Calderón*, párr. 159; *Caso Yatama*, párr. 260, y *Caso Fermín Ramírez*, párr. 130.

Adicionalmente, el SIDH ha buscado también brindar reparaciones concretas a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Las principales herramientas para alcanzar este objetivo han sido las recomendaciones, contenidas en los informes finales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), así como las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Coridh.

Si bien es indudable que las sentencias de la Corte o los informes finales de la Comisión son valiosos por el simple hecho de declarar la responsabilidad internacional del Estado frente a un determinado caso, no se puede perder de vista que las reparaciones son un componente sumamente importante para que el SIDH logre los objetivos que este ha trazado para sí mismo, y reforzar así su legitimidad ante los Estados y la sociedad civil.

Este estudio se centra en la importancia de las reparaciones del SIDH y su efectiva materialización. Puntualmente, se pretende determinar los factores que inciden en que un Estado cumpla o no las órdenes de reparación del SIDH. Para este caso específico se estudiará al Estado colombiano y las sentencias proferidas por la Coridh declarando su responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos entre los años 2004 y 2012.

Este estudio parte de la convicción de que el SIDH debe tener impactos simbólicos y materiales, ambos proyectados mediante las órdenes de reparación. Trabajos como el de Brinks (2008) han señalado tipos de impacto que van más allá del cumplimiento de la decisión judicial. De igual forma, Rodríguez y Rodríguez (2010), al analizar fallos estructurales, encuentran efectos materiales directos y efectos simbólicos indirectos.<sup>5</sup> Estos efectos son vitales para la legitimidad del SIDH, particularmente en la coyuntura actual en la que acaba de superar su proceso de fortalecimiento iniciado en el año 2011.

Hasta el momento, los niveles de cumplimiento de las órdenes del SIDH son bajos, lo que pone en entredicho su capacidad para garantizar una reparación real a las víctimas. Así, en una investigación cuantitativa enfocada en el grado de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del sistema de peticiones de la CADH, realizada por Basch, se evidencia el incumplimiento de la

---

5 César Rodríguez, *Cortes y cambio social estructural: los efectos del constitucionalismo progresista*, p. 19. Consultado en: [http://www.rtfm-watch.org/uploads/media/Colombia\\_-\\_Cortes\\_y\\_cambio\\_social.pdf](http://www.rtfm-watch.org/uploads/media/Colombia_-_Cortes_y_cambio_social.pdf). Un ejemplo de los primeros serían los cambios de política pública y la situación de los desplazados. Un ejemplo de los segundos sería la transformación de la opinión pública sobre el fenómeno del desplazamiento. Los anteriores ejemplos se dan en el texto citado.



mitad de estas órdenes de reparación decretadas, recomendadas o acordadas frente a los Estados parte del SIDH.<sup>6</sup> Adicionalmente, el cumplimiento total es de sólo el 36% de las órdenes de reparación y el cumplimiento parcial es del 14% (BASCH, 2010, p. 19).

¿Qué explica estos bajos niveles de cumplimiento? Es determinante identificar qué factores inciden para concretar cualquier propuesta o iniciativa que busque mejorar los índices de cumplimiento. Tal es el objetivo del presente estudio, el cual resulta especialmente pertinente en el marco del recién terminado Proceso de Fortalecimiento del SIDH, el cual incluyó importantes debates sobre el particular.<sup>7</sup>

Ahora bien, el cumplimiento de las órdenes del SIDH ha sido estudiado previamente en la región. Por ejemplo, el trabajo de Basch se enfoca en analizar qué tanto cumplen los Estados los distintos requerimientos que emanan del SIDH, qué tipo de órdenes cumplen en mayor medida y cuánto tardan en cumplirlas. Con base en sus hallazgos, Basch formuló una serie de recomendaciones apuntando a mejorar los índices de cumplimiento. Por su parte, el trabajo de Hawkins y Jacoby (2010) se ha centrado en demostrar, a través de la comparación entre el contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Coridh, las limitaciones de las categorías binarias de análisis de cumplimiento (cumplimiento total e incumplimiento) proponiendo una tercera vía denominada “cumplimiento parcial”. Si bien su trabajo da cuenta parcial de por qué determinadas órdenes de reparación pueden reportar mayores índices de cumplimiento, su objetivo central es proponer esta tercera categoría de cumplimiento como una

---

6 Esta investigación comprende el estudio de todos los informes finales de fondo de la CIDH (art. 51 CADH), todos los informes de la CIDH para la aprobación de acuerdos de solución amistosa (art. 49 CADH) y todas las sentencias de la Corte Interamericana entre el 1 de junio del 2001 y 30 de junio del 2006 y con respecto a los Estados miembros de la CADH que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. Por lo tanto, se revisaron doce informes finales de fondo, 39 soluciones amistosas aprobados por la Comisión y 41 participaciones de la Corte. Estas 92 decisiones contienen, a su vez, 462 órdenes adoptadas por el SIDH: 45 de ellas fueron recomendadas en informes finales de la CIDH, 160 fueron resueltas por acuerdos amistosos, y 257 fueron ordenadas por el tribunal en las sentencias de fondo.

7 El proceso de Fortalecimiento del SIDH se inició el 29 de junio del 2011, cuando el Consejo Permanente de la OEA creó el Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano. A partir del informe presentado por este grupo, el 25 de enero del 2012, ante el Consejo Permanente de la OEA, se dio inicio a un diálogo entre Estados, CIDH y organizaciones de la sociedad civil, el cual resultó en una reforma al reglamento, políticas y prácticas de la CIDH.

herramienta que refleja de mejor forma el *status* y voluntad de cumplimiento de los Estados. De forma similar a Hawkins y Jacoby, Huneus (2011) ha propuesto un marco teórico más robusto que intenta explicar la importancia que tienen determinados actores para el cumplimiento de una sentencia de la Coridh. En su estudio, Huneus se centra en la rama judicial y demuestra cómo las cortes nacionales pueden ser un obstáculo importante para la materialización de las órdenes de la Coridh. Probado esto, su propuesta esencial es considerar a las cortes nacionales como un aliado clave y determinante para lograr el cumplimiento de cierto tipo de órdenes de la Coridh.

A pesar de su indudable importancia, ninguno de los estudios existentes abordados factores que determinan el cumplimiento de un Estado con una sentencia o una orden de reparación de la Coridh. En contraste, el presente estudio busca conceptualizar el proceso de cumplimiento colombiano como una relación entre una variable dependiente y unas variables independientes. Este enfoque permite pasar de las preguntas *¿qué tanto se cumple?* y *¿qué se cumple?* a la pregunta: *¿por qué se cumple?*

## **1. Metodología y estructura del reporte**

El presente estudio muestra primero un panorama general del grado de cumplimiento actual del Estado colombiano de cada una de las órdenes de las sentencias proferidas por la Coridh, el cual se presenta en la primera sección del reporte.

Para construir este inventario se utilizaron las sentencias proferidas por la Coridh comprendidas entre el año 2004 y 2012. El universo fue definido así en virtud de dos motivos: de una parte, a partir del 2004 la Coridh empieza a estudiar casos de gran importancia para el contexto jurídico y político colombiano vinculados a las relaciones de convivencia entre estructuras paramilitares y la fuerza pública, que propiciaron la comisión de masacres como las de los diecinueve comerciantes, Mapiripán, Pueblo Bello e Ituango. Así, es a partir de este año que la Coridh empieza a adquirir una notoria relevancia en la realidad jurídica y política del país, teniendo en cuenta, además, que, en el 2005, Colombia entra en un proceso de justicia transicional consagrado en la Ley 975 de 2005. Adicionalmente, se concluyó que incluir sentencias proferidas antes del 2004 hubiese podido sesgar el estudio, pues el grado de cumplimiento hubiera

sido más alto en razón al paso del tiempo. Con sentencias desde el 2004 hasta el 2012 se garantizaba que las muestras analizadas arrojarían información sobre el proceso de cumplimiento aún en marcha y no sobre procesos de cumplimiento probablemente ya concluidos.

Con el objetivo de determinar el grado de cumplimiento de cada una de las órdenes contenidas en estas sentencias, se incluyó en el análisis las resoluciones de supervisión de cumplimiento proferidas por la Coridh. En estas, el tribunal establece tres categorías para medir el grado de cumplimiento del Estado frente a cada una de las órdenes proferidas en la sentencia del caso particular: cumplimiento total, cumplimiento parcial e incumplimiento. A partir de esta información, se creó una matriz con la que se sistematizó toda la información, de manera que cada una de las órdenes de reparación del universo de casos seleccionados tuviera asignada la categoría de cumplimiento establecida por la misma Coridh, según la resolución de supervisión de cumplimiento más reciente para cada caso.

¿Qué explica este nivel de cumplimiento? El estudio propone cinco factores que pueden dar razón de esta realidad, los cuales son explorados en la segunda sección de este reporte:

1. *Factores jurídicos*: recepción de las decisiones de la Corte en el sistema jurídico colombiano.
2. *Factores institucionales*: estructura estatal para el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
3. *Factores presupuestales*.
4. *Factores informales/cultura organizacional*.
5. *Factores externos*.

Así, una vez analizado el cumplimiento del Estado colombiano a nivel general, se procedió a determinar el *status* jurídico de las sentencias de la Coridh en el ordenamiento colombiano, con el fin de establecer si el incumplimiento se podía deber a un obstáculo de tipo estrictamente legal. Con este mismo fin, se adelantó un estudio sobre la estructura estatal destinada a dar cumplimiento a estas obligaciones internacionales. También fue necesario analizar sentencias de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala Penal de la Corte Suprema

de Justicia, en las que ambas instituciones analizaban el valor y efecto jurídico que producen las sentencias de la Coridh a nivel interno.

Los resultados de esta primera fase, pese a su valor, sólo ofrecían una explicación parcial del nivel de cumplimiento de las decisiones de la Coridh. Por tanto, fue necesario hacer una aproximación cualitativa al fenómeno consultando la opinión tanto de la sociedad civil como de funcionarios del Estado, para encontrar pistas sobre qué factores explicaban realmente el fenómeno de cumplimiento en el Estado colombiano. Se realizaron diez entrevistas a diferentes actores involucrados en el proceso de cumplimiento de las órdenes de la Coridh, mediante las cuales se pudieron identificar algunos factores externos que posiblemente explican de mejor forma el fenómeno estudiado.

Los resultados alcanzados condujeron a formular una serie de hipótesis que se “operativizaron” como variables explicativas (variables independientes) del grado de cumplimiento (variable dependiente) de las distintas órdenes y casos para el periodo analizado. Estas variables explicativas, como se señaló, se obtuvieron directamente de las entrevistas realizadas, y otras de ellas surgieron de intuiciones del equipo investigador basadas en los resultados obtenidos en el trabajo de campo.

Posteriormente se procedió a verificar el poder explicativo de cada una de dichas variables independientes a través de dos análisis estadísticos, con el fin de poder determinar cuáles de ellas guardan correlación o inciden en el grado de cumplimiento de manera determinante.

## **2. Sección I: Cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el caso colombiano**

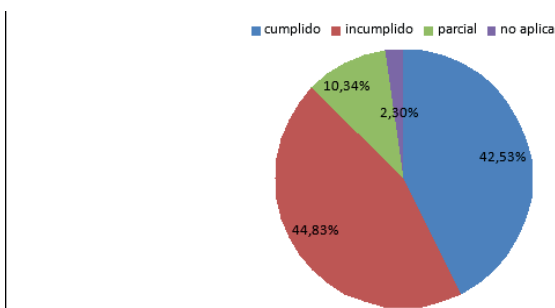
Entre el 2004 y el 2012, la Coridh decidió nueve demandas contra el Estado colombiano.<sup>8</sup> En estas nueve sentencias se ordenó un total de 88 órdenes de reparación. Respecto a este universo de órdenes se observa que el país presenta una tasa de cumplimiento e incumplimiento prácticamente equivalente:<sup>9</sup>

---

8 El 3 de septiembre del 2012, la Coridh decidió el *Caso Vélez Restrepo y Familia vs. Colombia*. Este caso no fue incluido en el universo de casos seleccionados pues, al ser tan reciente la fecha de la sentencia, el proceso de cumplimiento de las órdenes seguramente no se habría puesto en marcha.

9 El grado de cumplimiento de cada una de las órdenes fue determinado mediante el análisis de las resoluciones de supervisión de cumplimiento proferidas por la Coridh. En estas, como dijimos, el

Gráfica 1



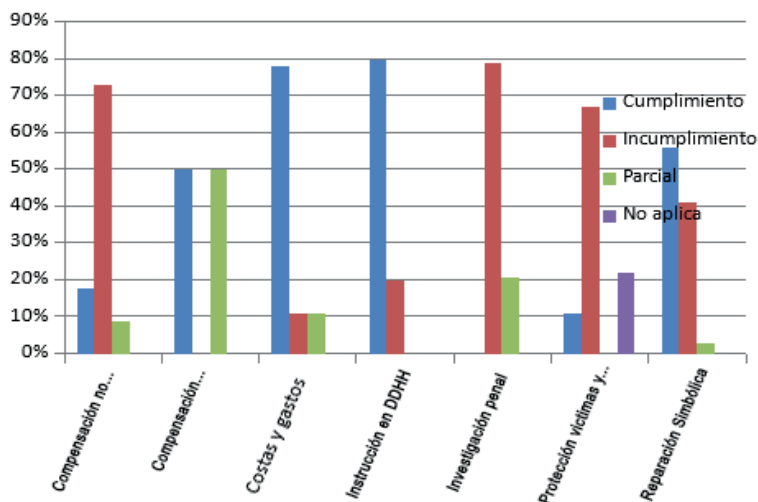
No obstante, esa tasa de cumplimiento varía radicalmente al analizar el cumplimiento de las órdenes de acuerdo con su naturaleza. Como se puede observar en la Gráfica 2, las medidas relativas a la instrucción en derechos humanos y el pago de costas y gastos del juicio presentan un alto grado de cumplimiento. Por el contrario, aquellas que implican compensaciones para las víctimas de tipo no económico, como la atención psicosocial y la obligación de desarrollar investigaciones penales son incumplidas por regla general. Las directamente relacionadas con la reparación de los afectados se sitúan en un nivel medio. Al incluir las distintas órdenes proferidas por la Coridh en categorías genéricas,<sup>10</sup> el cumplimiento del Estado colombiano frente a cada una de ellas es el siguiente:

---

tribunal establece tres categorías para medir el grado de cumplimiento del Estado frente a cada una de las órdenes proferidas en la sentencia del caso particular: cumplimiento total, cumplimiento parcial e incumplimiento. A partir de esta información se creó una matriz en la que se sistematizó toda la información, de manera que cada una de las órdenes de reparación del universo de casos seleccionados tuviera asignada la categoría de cumplimiento establecida por la misma Coridh, según la resolución de supervisión de cumplimiento más reciente para cada caso.

10 La forma en que se organizaron estas categorías genéricas se explica en el Anexo metodológico.

Gráfica 2



¿Cómo se estructura este nivel de cumplimiento respecto a cada caso en particular? A continuación se muestra el cumplimiento colombiano en los casos durante el periodo seleccionado.

Tabla 1: Cifras para cada caso estudiado por la Coridh entre el 2004 y el 2012

	Caso	Cumplimiento		Parcial		Incumplimiento		No aplica
		Porcentaje	Tipo de órdenes cumplidas	Porcentaje	Tipo de órdenes cumplidas parcialmente	Porcentaje	Tipo de órdenes incumplidas	
1	Diecinueve comerciantes	34%	Reparación simbólica	22%	Compensación de carácter económico y no económico	33%	Reparación simbólica	11%
			Pago de costas y gastos				Investigación penal y sanción a los responsables	
			Protección de testigos y/o víctimas					

*Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una Propuesta de Metodología*

2	Gutiérrez Soler	63%	Compensación económica	13%	Órdenes tendientes a la realización de instrucción a funcionarios públicos	13%	Sanción a responsables	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal	14%
			Compensación no económica						
			Reparación simbólica						
			Instrucción a funcionarios públicos						
			Pago de costas y gastos						
3	Masacre de Mapi-ripán	40%	Órdenes de reparación encaminadas a la designación de un mecanismo oficial de seguimiento de cumplimiento a las órdenes	10%		50%		Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal.	
			La instrucción de funcionarios públicos					Compensación de no económica	
			Reparación simbólica					Reparación simbólica	
			Pago de costas y gastos					Sanción a responsables	

4	Masacre de Pueblo de Bello	22%	Órdenes de reparación encaminadas a realizar reparación simbólica	11%	Compensación económica	67%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal	
							Compensación no económica	
							Protección a testigos y/o víctimas	
							Reparación simbólica	
							Pago de costas y gasto.	
5	Masacre de Iturango	40%	Instrucción de funcionarios públicos en DDHH			60%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal	
			Reparación simbólica					
			Compensación económica					
			Pago de costas y gastos					
							Compensación no económica	
							Protección de testigos y/o víctimas	
							Reparación simbólica	
6	Masacre de la Rochela	40%	Reparación simbólica	20%	Compensación de carácter económico	40%	Investigación penal y sanción a los responsables	Protección a testigos y/o víctimas
			Instrucción a funcionarios públicos		Reparación simbólica			
					Costas y gastos			Compensación de carácter no económico



*Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una Propuesta de Metodología*

7	Escué Zapata	75%	Reparación simbólica	14%	Compensación de carácter no económico	13%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal
			Compensación no económica				
			Pago de costas y gastos				
8	Valle Jaramillo	44%	Compensación económica	0%		67%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal
			Reparación simbólica			Reparación simbólica	
			Pago de costas y gastos			Protección de testigos o víctimas	
9	Manuel Cepeda Vargas	22%	Compensación económica	0%	Compensación económica	56%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal
			Reparación simbólica			Protección a testigos y/o víctimas	
			Pago de costas y gastos			Reparación simbólica	

### 3. Sección II. Después del fallo: ¿Cómo cumple Colombia las decisiones del Sistema Interamericano?

¿Por qué el índice general de cumplimiento es bajo (43%)? ¿Por qué existen índices de cumplimiento tan dispares? ¿Por qué el cumplimiento de órdenes que implican la instrucción en DDHH a funcionarios del Estado y las costas y gastos alcanzan casi un 80% de cumplimiento, mientras que las órdenes que implican compensación de carácter no económico apenas alcanzan un 17%? ¿Qué explica esa divergencia? ¿Qué explica que en el *Caso de Jaramillo Valle* el índice de cumplimiento sea de apenas el 33% mientras que en el *Caso de Ezcué Zapata* el índice de cumplimiento sea del 75%? ¿Qué explica que en el *Caso de Gutiérrez Soler* el índice de incumplimiento sea de apenas 13% mientras que en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello* sea del 67%?

El objetivo de este texto es desarrollar una metodología para explorar tales preguntas. Para hacerlo, esta sección explora estos cinco factores explicativos, ya enunciados, y desarrolla su posible impacto:

1. Factores jurídicos.
2. Factores institucionales.
3. Factores presupuestales.
4. Factores informales/cultura organizacional.
5. Factores externos.

#### 3.1. Factores jurídicos: la recepción de las órdenes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano

El estudio sobre la implementación y cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Coridh implica necesariamente analizar el *status* jurídico de estas sentencias al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Esto es de vital importancia para establecer si ese *status* jurídico es un factor relevante para analizar el cumplimiento material de las órdenes

de reparación de las sentencias de la Coridh. Por ende, debe estudiarse la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

El objetivo de este acápite es determinar si la recepción de las decisiones de los órganos de control y supervisión del SIDH, y de manera particular de las sentencias de la Coridh, dentro del ordenamiento colombiano, es un factor determinante para el cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Coridh. Para ello, primero se realizará un breve recuento sobre la figura del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano; después se estudiará la relación entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los organismos de control y vigilancia del SIDH; posteriormente se abordará la relación entre la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y los organismos de control y vigilancia del SIDH. Por último, se desplegarán las conclusiones sobre si esta relación jurídica entre derecho internacional y nacional se constituye como un factor relevante y explicativo para el cumplimiento de las órdenes de reparación que contienen las sentencias de la Coridh al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

### *3.1.1. Bloque de constitucionalidad*

El bloque de constitucionalidad es una figura jurídica mediante la cual se enmarcan aquellas normas o principios que, sin presentarse de manera expresa en el articulado del texto constitucional, funcionan como parámetros de control de constitucionalidad, por cuanto han sido integrados al mismo por diversas vías y por mandato de la misma Constitución.<sup>11</sup> De lo anterior se infiere que el texto constitucional puede ir más allá que su tenor literal, es decir, que las normas supralegales pueden ser más numerosas que aquellas que existen en el articulado de la Constitución escrita (UPRIMNY, 2006, p. 31). Esto coincide con una importante anotación que hace Gutiérrez, en el sentido que el bloque de constitucionalidad cumple la función de actualizar el texto constitucional frente a los progresos que realice el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) (GUTIERREZ, 2007, p. 26). Si bien el texto constitucional contiene normas que definen los pa-

---

11 Ver Colombia, Corte Constitucional, sentencia de 18 de mayo de 1995, M.P: Alejandro Martínez Caballero. En cuanto a doctrina ver Rodrigo Uprimny (2007) e Andrés Gutiérrez (2007).

rámetros de adopción de las normas internacionales en el ordenamiento interno, es en la Sentencia C-225 de 1995<sup>12</sup> en donde la Corte Constitucional acoge expresamente dicha construcción dogmática francesa (UPRIMNY, 2006).<sup>13</sup>

### 3.1.2. Marco normativo

Como se mencionó anteriormente, la Constitución Política colombiana tiene preceptos en los que se definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el ordenamiento interno. Lo anterior constituye el marco normativo en el cual se halla el bloque de constitucionalidad. Así, son seis los artículos del texto constitucional que definen este marco: (i) el artículo 9, el cual señala que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, el respeto por la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia; (ii) el artículo 53, en donde admite que los convenios internacionales del trabajo que hayan sido ratificados hacen parte de la legislación interna; (iii) el artículo 93, el cual establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; (iv) el artículo 94, en donde se introduce la cláusula de derechos innominados, pues tal artículo expresa que “la enunciación de los derechos y garantías en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”; (v) el artículo 214, que regula el tema sobre los estados de excepción, en donde expresa que en los momentos de crisis “no pueden suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales” y “que se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”;<sup>14</sup> y, por último,

---

12 El problema jurídico de esta sentencia estaba enmarcado por la aparente dicotomía entre lo dispuesto en el artículo 4, que establece que la Constitución es la norma superior (norma de normas), y el artículo 93, que atribuye a algunos tratados derechos humanos una prevalencia en el ordenamiento jurídico interno.

13 Aquí se dice que Francia es el país donde la doctrina acuñó el término “*bloc de constitutionnalité*”.

14 Colombia, Constitución Política, artículo 214.

(vi) el artículo 102, que dispone en su inciso segundo que “los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República”.

En efecto, son varias las disposiciones de la Constitución que encierran el marco normativo del bloque de constitucionalidad, pero, en particular, los artículos 93 y 214 se refieren a la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia dentro del ordenamiento interno. Estos artículos indican que los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia y las normas del DIH, tienen especial prelación en el ordenamiento interno y no pueden ser suspendidas ni siquiera en estados de excepción. A partir de estas dos disposiciones constitucionales, la Corte Constitucional precisa la doctrina de bloque de constitucionalidad con el propósito de definir qué normas específicas lo integran.<sup>15</sup>

A partir de las sentencias C-574/92 y T-409/92, la Corte define la naturaleza del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política. En sus esfuerzos por establecer tal naturaleza y, por tanto, las normas que lo integran, esta corporación desarrolla en su jurisprudencia dos sentidos del bloque de constitucionalidad:<sup>16</sup> por un lado, el bloque de constitucionalidad en *strictu sensu* que se compone de normas de valor constitucional, esto es, que tienen jerarquía constitucional para todos los efectos y que han sido normativamente integradas a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la misma.<sup>17</sup> Dichas normas son las contenidas en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, las cuales no pueden ser suspendidas en estados de excepción —pues reconocen derechos intangibles (art. 93.1 CP).

---

15 Desde sus inicios, la implementación de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano ha generado problemas con respecto a su naturaleza y, por consiguiente, a las normas que hacen parte de la misma. Ver Rodrigo Upimny (2006, p. 64, 71 e 84 e ss).

16 Con respecto al desarrollo jurisprudencial de la naturaleza del bloque de constitucionalidad, ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M.P: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578 de 1995, M.P: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-135 de 1996, MM.PP: Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-477 de 1995, M.P: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-358 de 1997, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-191 de 1998, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-582 de 1999, M.P: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-1150 de 2000, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Ver Colombia; Corte Constitucional; Sentencia C-191 de 1998, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Asimismo, se integran en el bloque *strictu sensu* las normas del DIH,<sup>18</sup> el Preámbulo de la Constitución Política, el articulado constitucional, los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia y los tratados de derechos humanos ratificados, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, para efectos de delimitar el contenido y los límites de los derechos constitucionales y, por último, la ley estatutaria que regula los estados de excepción (Ley 137 de 1994).<sup>19</sup> Por otro lado, el bloque de constitucionalidad en *lato sensu* comprende aquellas normas que tienen diversa jerarquía, las cuales funcionan como parámetros de interpretación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales. Las normas que componen el bloque en *lato sensu* son las disposiciones de aquellos tratados de derechos humanos que contienen derechos que pueden ser suspendidos en estados de excepción (art. 93.2 CP), leyes orgánicas y leyes estatutarias en lo pertinente.

En este punto cabe resaltar que, en algunas sentencias, la Corte Constitucional ha integrado al bloque de constitucionalidad en *lato sensu* normas de *soft law*. Aquellos instrumentos de *soft law* desarrollan normas de tratados de derechos humanos y de DIH que forman parte del bloque, convirtiendo estos instrumentos de derecho blando del derecho internacional en derecho duro (*hard law*) en el ordenamiento interno.<sup>20</sup>

No obstante, para efectos del estudio que aquí se pretende, es pertinente establecer cuál es la ubicación de las sentencias y la jurisprudencia de las cortes

---

18 Uprimny (2006, p. 75) denomina *cláusula jerárquica* al inciso primero del artículo 93 y *cláusula interpretativa* al inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política.

19 “Frente al tema de las leyes estatutarias como parte del bloque de constitucionalidad, la Corte sostuvo una ardua discusión sobre si todas las leyes estatutarias hacían parte del bloque de constitucionalidad o si tan sólo hacía parte del mismo la ley estatutaria que regula los estados de excepción. La Corte concluyó que sólo hace parte del bloque de constitucionalidad la ley estatutaria que regula los estados de excepción, lo cual no quiere decir que otras leyes estatutarias no sean un parámetro de control de constitucionalidad sin ser parte del bloque en sentido estricto”. Ver Mónica Arango (2004, p. 85).

20 Un claro ejemplo de esta incorporación se encuentra en la Sentencia SU-1150 de 2000, en donde la Corte advierte que los principios rectores relativos al desplazamiento forzado no son un tratado de derechos humanos, pero que en la medida en que algunos de sus preceptos reiteran normas incluidas en el tratados de derecho internacional de los derechos humanos y de DIH que forman parte del bloque, estos se incorporan también al texto constitucional. De igual manera, en la Sentencia T-327 de 2001, la Corte expresa que estos principios rectores relativos al desplazamiento forzado consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas hacen parte “del cuerpo normativo supranacional que integra el Bloque de Constitucionalidad de este caso”.

y organismos internacionales de DDHH dentro del marco del bloque de constitucionalidad, con el propósito de establecer su valor jurídico dentro del ordenamiento colombiano. En este punto es necesario aclarar que no se está haciendo referencia a las órdenes de reparación que profiere la Coridh (el “resuelve” y “ordena” de la sentencia)<sup>21</sup> sino a la *ratio decidendi* de ellas, es decir, la forma en que la Coridh interpreta los derechos y obligaciones de la CADH, y si esa interpretación debe ser seguida obligatoriamente por los jueces colombianos.

Este tema no ha sido objeto de un desarrollo pacífico, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme en este aspecto. Algunas de sus sentencias han señalado que los operadores jurídicos nacionales sólo están vinculados por el texto de los tratados internacionales y por las decisiones judiciales que le ordenan al Estado colombiano una determinada conducta; es decir, por los puntos resolutivos de dichas decisiones. En este orden de ideas, la *ratio decidendi* de las sentencias de la Coridh sería simplemente una entre otras opiniones doctrinales que puede iluminar el entendimiento de aquellos jueces que decidan consultarla, pero sin que necesariamente los obligue a seguir su misma interpretación.<sup>22</sup> Otras sentencias de la Corte Constitucional han señalado que la forma en que la Coridh interpreta la CADH debe ser seguida por las autoridades nacionales, pues es una fuente de derecho internacional vinculante para ella.

En síntesis, y de acuerdo con lo expuesto, es posible afirmar que en el caso colombiano no hay claridad respecto a la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de la Coridh, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme en esta materia. Sin embargo, es importante recalcar que la falta de claridad en este asunto particular no afecta para nada la vinculatoriedad que la Corte Constitucional ha otorgado a las órdenes de reparación que ordena la Coridh, como pasaremos a analizar a continuación.

---

21 Este punto será tratado más adelante y se explicará que, hasta el momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en señalar la vinculatoriedad de las órdenes de reparación decretadas por la Coridh respecto al Estado colombiano y los órganos y entidades que lo componen.

22 Uprimny considera que la posición de la Corte con respecto a la vinculatoriedad de las sentencias de la Coridh es intermedia en la medida en que, si bien la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos debe estar guiada por la jurisprudencia internacional de los órganos de control, esto es, este material debe ser tenido en cuenta como guía de interpretación, no significa que sea estrictamente vinculante, con lo cual se admite la posibilidad de apartarse de ella.

### 3.1.3. *La jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

#### *Sentencias de la Coridh*

La Corte Constitucional sólo se ha pronunciado dos veces de forma expresa respecto al *status* jurídico de las sentencias de la Coridh, y la obligatoriedad del cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en ellas para las entidades estatales colombianas. La primera sentencia en tratar el asunto fue la T-367 de 2010. En ella la Corte fue enfática en declarar la vinculatoriedad de ellas, así como la forma en que debe llevarse a cabo ese cumplimiento.

Posteriormente, en la Sentencia T-653 de 2012, la Corte reiteró la vinculatoriedad de las medidas de reparación decretadas por la Coridh. En esta sentencia, la Corte fue más explícita en señalar las razones por las cuales son obligatorias y añadió un nuevo argumento a favor de esta posición: el derecho a la paz.<sup>23</sup>

Estos dos pronunciamientos frente a las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Coridh son bastante claros en cuanto a la vinculatoriedad y la consecuente obligación del Estado de cumplir con las órdenes de la Coridh. A ellos se suman otros pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha estudiado el valor jurídico de otros pronunciamientos de los órganos del SIDH en el ordenamiento jurídico colombiano.<sup>24</sup>

---

23 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2012, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

24 Un ejemplo de lo anterior es la previamente citada Sentencia C-010 de 2000, en la cual la Corte Constitucional enfatiza que al aplicar las disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos dentro del ordenamiento interno es necesario tener en cuenta, de manera particularmente relevante, la doctrina fijada por la Corte Interamericana. Así, “La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.



## *Medidas provisionales*

En lo que respecta a las medidas provisionales decretadas por la Coridh, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-558 A de 2011 reconoció también su vinculatoriedad para el Estado colombiano.<sup>25</sup> Lo anterior lo sustentó en la obligatoriedad de su cumplimiento por cuanto estas son decretadas por la Coridh y, esta, a su vez, tiene competencia contenciosa frente al Estado colombiano. Así, la Corte expresa que “las medidas provisionales son un acto jurídico adoptado por un organismo internacional con funciones jurisdiccionales, cuyo cumplimiento es ineludible para el Estado colombiano.”

## *Medidas cautelares*

Las medidas cautelares de la CIDH han sido analizadas en más de una sentencia de la Corte Constitucional.<sup>26</sup> La primera de ellas es la T-558 de 2003, en la cual la Corte entra a desarrollar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares como recomendaciones proferidas por la CIDH y la forma de incorporación de estas al ordenamiento jurídico colombiano. De igual forma, se analiza la procedencia de la acción de tutela para hacer exigible las medidas cautelares.<sup>27</sup> No obstante, para efectos de este capítulo, nos interesa el primer problema jurídico.

---

25 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de julio 28 de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

26 Ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-786 de 2003, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-327 de 2004, MM.PP: Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Treviño; Sentencia T-1025 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda.

27 Con respecto a la procedencia de la acción de tutela para la exigencia del cumplimiento de medidas cautelares proferidas por la CIDH, la Corte realiza el siguiente análisis: si bien las medidas cautelares decretadas por la CIDH están encaminadas a garantizar la protección y el goce efectivo de los derechos humanos reconocidos en alguno de los instrumentos internacionales y “a esclarecer los hechos enunciados, a investigar y sancionar a los responsables”, en determinados casos, estos mecanismos jurídicos, es decir, la acción de tutela y las medidas cautelares, puedan llegar a complementarse, toda vez que persiguen objetivos idénticos. Así, pues, aunque la acción de tutela no fue concebida para garantizar el cumplimiento interno de las medidas cautelares, “nada obsta para que, en determinados casos, los dos mecanismos puedan llegar a complementarse, cuando quiera que persigan idénticos objetivos”. En este sentido, “el juez de tutela puede emanar una orden para que la autoridad pública proteja un derecho fundamental cuya amenaza o vulneración justificó la adopción de una medida cautelar por parte de la CIDH mas no para ordenar la mera ejecución de esta, sin que concurran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela”.

La Corte Constitucional expresó que las medidas cautelares, al ser recomendaciones realizadas por la CIDH, deben considerarse como tales, es decir, como opciones facultativas que el Estado Parte a la CADH puede tener en cuenta o no.<sup>28</sup> De lo anterior se deriva que el Estado Parte no se encuentra en la obligación internacional de dar cumplimiento a las recomendaciones que realice la CIDH.

A pesar de esto, la Corte posteriormente opta por dar relevancia a las medidas cautelares en razón de la función que estas profesan, esto es, la de proteger de manera inmediata derechos fundamentales que han sido vulnerados y que se encuentran en peligro inminente. En efecto, por ser el Estado colombiano parte de la CADH, “la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades públicas internas. [...] por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades públicas colombianas, en los términos del artículo 2° Superior”.<sup>29</sup>

Para la Corte Constitucional es claro, entonces, que el hecho de que las medidas cautelares sean en sentido estricto “recomendaciones” en contraposición a “órdenes” y que, además, no sean proferidas por un órgano de naturaleza jurisdiccional, no implica que el Estado colombiano no esté llamado a cumplirlas.<sup>30</sup>

---

28 Lo anterior es confirmado por la Coridh, en sentencia del 8 de diciembre de 1993, en el asunto Caballero Delgado y Santana contra Colombia. En esta sentencia, la Coridh estimó que el término “recomendaciones”, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado “conforme a su sentido corriente”, de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y por ello “no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”.

29 La Corte realiza esta interpretación teniendo en cuenta que el nuevo Reglamento de la CIDH no se pronuncia con respecto a la manera en que las medidas cautelares deban ser incorporadas o recepcionadas en el ordenamiento jurídico interno.

30 En similar sentido: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-786 de septiembre 11 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

### *3.1.4. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Las sentencias de la Coridh y los informes de la CIDH ordenan o recomiendan con frecuencia a los Estados adelantar investigaciones penales tendientes a establecer los responsables penales de violaciones a los DDHH. Por esto debe analizarse cómo la Corte Suprema de Justicia resuelve la tensión que puede presentarse entre las disposiciones de estas instancias internacionales y la seguridad jurídica interna, representada a través de la figura de cosa juzgada en virtud del principio *non bis in idem*. Esto se debe a que, en diversas ocasiones, las órdenes que derivan del SIDH implican la reapertura de un proceso en el que ya se ha dictado sentencia, providencia que, además, se encuentra ejecutoriada. Lo anterior genera la necesidad de acudir al mecanismo extraordinario de la acción de revisión para la reapertura del proceso.<sup>31</sup>

#### *Informes de fondo de la cidh (artículos 50 y 51 de la cadh)*

Frente a los informes de fondo de la CIDH, la Corte Suprema ha señalado que si bien estos permiten usar la acción de revisión, su sola invocación a través de ellos no implica que la acción de revisión sea fallada a favor del accionante.<sup>32</sup> De esta forma, se entiende que los informes de los artículos

---

31 La acción de revisión es un recurso extraordinario del derecho procesal penal que otorga un medio de defensa al actor, con el objeto de hacer valer ciertos derechos que este considere que no hayan sido respetados por el juzgador. La acción de revisión no puede ser utilizada de manera indiscriminada, por lo que existen causales de procedencia de esta acción que reglamentan su uso, y que se encuentran plasmadas en el artículo 192 de la Ley 906 L04 (Código de Procedimiento Penal). La causal particular que interesa a este estudio es la contenida en el numeral 4 del artículo señalado, a saber: "Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates".

32 Al respecto ver Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de noviembre 1 de 2007, Proceso 26077 de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sentencia de marzo 6 de 2008, Proceso 26703 de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de junio 22 de 2011, Proceso 32407 de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos.

50 y 51, y las recomendaciones contenidas en ellos en materia de justicia, tienen la virtud de permitir a las partes interesadas interponer la acción de revisión contra la sentencia ejecutoriada, sea esta condenatoria o absolutoria. No obstante, en términos generales, es importante señalar que la Corte Suprema de Justicia no considera que las recomendaciones de la CIDH sean por sí solas suficientes para que se declaren sin efectos condenas ya ejecutoriadas. En este orden de ideas, puede afirmarse que las recomendaciones no tendrían para estos fines específicos una naturaleza jurídica vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano.<sup>33</sup>

### *Acuerdo de solución amistosa de la cidh*

La Corte Suprema también ha analizado los efectos de los acuerdos de solución amistosa avalados por la CIDH, al usarse como causal para interponer una acción de revisión. No obstante, al estudiar la vinculatoriedad de este tipo de acuerdos se evidenció la existencia de contradicciones dentro de la jurisprudencia de esta corporación.

En el Proceso 30642 de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluye que los informes de la CIDH poseen fuerza vinculante por cuanto “homologa el acuerdo de solución, que no es otra cosa que el reconocimiento por parte del Estado colombiano de que se incurrió el [sic] violaciones a los derechos humanos, y por consiguiente de obligatorio cumplimiento en el marco de los tratados internacionales y de la Convención Americana”.<sup>34</sup> De acuerdo con este caso puntual, podría inferirse, entonces, que la Corte Suprema de Justicia considera los acuerdos de solución amistosa, y los compromisos que emanan de ellos, como vinculantes para el Estado colombiano y por ende

---

33 La Corte Suprema de Justicia expresa: “En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la CIDH, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país”. (cursivas fuera del texto original) Ver Corte Suprema de Justicia, Sentencia de noviembre 1 de 2007, Proceso 26077 de 2007, M.P: Sigifredo Espinosa Pérez.

34 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 30642 de 2012.

capaces de hacer prosperar la acción de revisión por sí solos sin necesidad de análisis posterior alguno.

Esta posición de la Corte Suprema de Justicia se ve reforzada por la argumentación contenida en el Proceso 28476 de 2008. En este, al estudiar una demanda de nulidad contra una sentencia que falló favorablemente una acción de revisión sobre un acuerdo de solución amistosa avalado por la CIDH, la Corte sostiene que por ser la CADH un tratado internacional integrado al ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad, los pronunciamientos de los órganos creados por ella prevalecen en el ordenamiento jurídico interno.<sup>35</sup>

No obstante, y frente a un caso con hechos similares, la posición de la Corte Suprema de Justicia fue distinta. En efecto, en el Proceso 28477 de 2011 se determinó frente a un acuerdo de solución amistosa avalado por la CIDH que este no tenía fuerza vinculante y que, por el contrario, su trato se equiparaba al de los informes de los artículos 50 y 51 explicados anteriormente. De esta forma, y contrastando los informes de la CIDH con las sentencias de la Coridh, observó:

“Sin embargo, conforme la Sala ha tenido ocasión de precisar, tales recomendaciones por sí solas, carecen de la fuerza vinculante atribuida a las decisiones de la Coridh de Derechos Humanos en la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer que sus fallos serán motivados (art. 66), definitivos e inapelables (art. 67), al paso que las recomendaciones de la CIDH de Derechos Humanos, no revisten fuerza obligatoria”.<sup>36</sup>

De acuerdo con esto, en lo que respecta a los acuerdos de solución amistosa avalados por la CIDH no hay claridad respecto a los efectos que estos generan frente a la acción de revisión. El pronunciamiento más reciente en la materia pareciera concebirlos como vinculantes, en el sentido que su sola

---

35 “Es claro, entonces, que existe una decisión de instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, por lo tanto, resulta válido afirmar que de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, tienen plenos efectos jurídicos y prevalecen en el ordenamiento interno”. Ver Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de diciembre 16 de 2008, M.P: Javier Zapata Ortiz.

36 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de agosto 3 de 2011, M.P: José Leonidas Bustos Martínez.

existencia es factor suficiente para que prospere la acción de revisión. Los casos anteriores van en el sentido contrario al señalar que solo tienen la virtud de permitir impetrar la acción de revisión, pero que no implican por sí solos que la Corte Suprema de Justicia declare sin efecto legal alguno las sentencias ya ejecutoriadas.

### *Sentencias de la Coridh*

En relación a las sentencias proferidas por la Coridh y sus efectos jurídicos en materia penal a nivel doméstico, se encuentra el Proceso No. 26021 del 17 de septiembre de 2008.<sup>37</sup> En este caso, una sentencia de la Coridh, proferida el 12 de septiembre del 2005, es usada como causal de procedencia de la acción de revisión contra un auto que concedía la cesación de procedimiento a favor del procesado.<sup>38</sup>

La Corte advierte en sus consideraciones que el fallo proferido por la Coridh en ejercicio de su facultad jurisdiccional tiene carácter vinculante,<sup>39</sup> debido al reconocimiento de la competencia que el Estado colombiano otorgó a la Coridh “por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención”, a través de un instrumento de aceptación presentado el 21 de julio de 1985.<sup>40</sup> Así, “Colombia es Estado Parte de la CADH y a través de un instrumento de derecho internacional público declaró que

---

37 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de septiembre 17 de 2008, M.P: Jorge Luis Quintero Milanés.

38 En dicho caso, por medio de una petición a la Corte Suprema de Justicia, la defensa del procesado argumenta que se deben desestimar los fundamentos de la acción de revisión, toda vez que el fallo de la Coridh se encuentra soportado por desinformación desproporcionada por parte de las víctimas, por lo cual, procede a realizar una crítica a los fundamentos fácticos y jurídicos del mismo.

39 “De acuerdo con lo expuesto en precedencia, surge fácil advertir que la *Coridh de Derechos Humanos* es un juez colegiado cuyos fallos son obligatorios y vinculantes para los Estados Parte de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, bajo la condición de que el Estado haya declarado que ‘reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención’(artículo 63)”. Proceso No. 26021, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P: Jorge Luis Quintero Milanés, Aprobado Acta No. 119, Bogotá, 17 de septiembre del 2008

40 Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de septiembre 17 de 2008, M.P: Jorge Luis Quintero Milanés.

reconoce como obligatoria de pleno derecho, la competencia de la Coridh de Derechos Humanos. Por consiguiente, *los fallos de este órgano judicial son vinculantes y de obligatorio acatamiento para el Estado colombiano*”.<sup>41</sup> (cursivas fuera del texto original)

De esta forma, concluye la Corte que las sentencias de la Coridh poseen el carácter de intangibilidad, esto es, el fallo de la Corte Interamericana es definitivo e inapelable.<sup>42</sup>

Entonces, para la Corte Suprema de Justicia las sentencias de la Coridh son vinculantes en el sentido que la orden de investigar contenida en ellas es suficiente para que la acción de revisión prospere y, por ende, se declaren sin efectos las sentencias penales ya ejecutoriadas. Contrario a esto, los informes de la CIDH—de fondo o de solución amistosa— sólo facultan a la Corte Suprema de Justicia para estudiar la acción de revisión, sin que esto implique de manera alguna que deban dejarse sin efecto las sentencias penales previamente proferidas por otra autoridad judicial.

### *3.1.5. Factores jurídicos: conclusiones*

En el ordenamiento jurídico colombiano las órdenes de reparación de la Coridh son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para sus entidades a nivel nacional. Esta obligatoriedad se vislumbra tanto en la jurisprudencia constitucional como en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a las obligaciones de investigar y sancionar a responsables penales de violaciones de DDHH.

Así, puede aseverarse que en el contexto colombiano, el cumplimiento o incumplimiento de las órdenes de reparación de las sentencias de la Coridh no tiene una relación directa con la recepción que de ellas hace el ordenamiento jurídico colombiano. El incumplimiento de una orden de reparación de la Coridh no puede explicarse bajo una razón jurídica.

---

41 *Ibidem*.

42 “[...] lo inobjetable, lo que debe cumplirse sin posibilidad de oponer argumentos en contra es la orden que la autoridad competente investigue efectivamente los hechos, para identificar y juzgar a los responsables”. Ver Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de septiembre 17 de 2008, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

## 3.2. Factores institucionales: estructura estatal para el cumplimiento de las órdenes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Una vez definido el *status* y efecto jurídico que la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han otorgado a las sentencias de la Coridh y los informes de la CIDH, es necesario pasar a estudiar los procesos, normas e instituciones del Estado colombiano encargados de materializar el requerimiento que emana del SIDH. Esto tiene como fin determinar si estos pueden constituirse como un posible factor explicativo del bajo índice de cumplimiento del Estado frente a las órdenes de la Coridh.

El presente acápite está estructurado de la siguiente manera: primero se explicará el marco normativo que regula la forma en que el Estado colombiano debe dar cumplimiento a las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Coridh y las recomendaciones contenidas en los informes de la CIDH (art. 51 CADH); en segunda instancia se explicará cómo el Estado colombiano da cumplimiento a las órdenes de reparación consistentes en investigar y sancionar penalmente a los responsables, las cuales, por lo general, aparecen en la mayor parte de informes de fondo de la CIDH y sentencias de la Coridh. Para ello, se retomará de manera sucinta lo explicado en el capítulo anterior referente a los efectos jurídicos que ha dado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a las sentencias de la Coridh e informes de la CIDH a efectos de reabrir procesos penales cerrados. Por último, y atendiendo a la coyuntura actual, se expondrán las posibles implicaciones de la creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado en el procedimiento, forma y entidades encargadas de dar cumplimiento a las sentencias de la Coridh y las recomendaciones de la CIDH.

### 3.2.1. Estructura estatal para el cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Coridh

La Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH) sólo tiene una disposición puntual respecto al cumplimiento a nivel interno de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Coridh. Esta disposición hace referencia exclusiva a las medidas de indemnización compensatorias de carác-



ter estrictamente económico. Así, el artículo 68.2 de la CADH dispone que “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Lo anterior implica que, cuando se trata de medidas compensatorias, la CADH equipara la sentencia proferida por la Coridh con las sentencias proferidas a nivel interno en lo que respecta al pago de la indemnización compensatoria. Esto se traduce en la obligación internacional que tienen los Estados Parte de la CADH de permitir a las víctimas utilizar procedimientos internos para hacer efectivos las indemnizaciones de carácter compensatorio.<sup>43</sup> Por esta razón, esta disposición de la CADH tiene unos efectos limitados en la práctica, pues su incidencia a nivel interno abarca sólo una parte de las medidas de reparación. Frente a los otros tipos de reparaciones son los propios Estados los que determinan la forma en la que deben dar cumplimiento.

Generalmente, las sentencias de la Coridh no se limitan a ordenar medidas compensatorias, sino que incluyen múltiples órdenes de reparación de diversa naturaleza.<sup>44</sup> De acuerdo con lo anterior, queda a libre determinación de los Estados la forma en la que han de cumplir con todas las otras medidas de reparación ordenadas por la Coridh.

Para este fin, y en contraposición a un marco legal rígido que asigne a entidades estatales específicas el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en las sentencias de la Coridh, el Estado colombiano optó por crear un foro deliberativo compuesto por distintas entidades gubernamentales, el cual tiene la obligación general de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos.

En síntesis, no existe, entonces, ninguna ley o disposición que, por ejemplo, señale que todas las medidas de reparación simbólica (por ejemplo, la construcción de un monumento en honor a la memoria de las víctimas) decretadas por la Coridh serán implementadas, por ejemplo, por la Vicepresidencia de la República o el Ministerio de Cultura.

---

43 Sobre las dificultades legales que puede acarrear el hacer efectivo el pago de la indemnización compensatoria de una sentencia de la Coridh en el ordenamiento jurídico colombiano ver Juana Inés Acosta López y Diana Bravo Rubio (2008).

44 Con respecto a la naturaleza de las órdenes de reparación decretadas por la Coridh y la forma como se categorizan en este estudio ver Anexo metodológico.

Por el contrario, el Estado optó por la creación de la Comisión Intersectorial para la Coordinación y Seguimiento de la Política Nacional en Materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (en adelante, Comisión Intersectorial), creada por el Decreto 3120 de 2000 y actualmente regulada por el Decreto 4100 de 2011, con el propósito de asignarle la función específica de “Impulsar el cumplimiento y seguimiento de los compromisos y obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”.<sup>45</sup> Esta Comisión Intersectorial funciona como un foro deliberativo y decisivo en el cual, una vez recibida la sentencia de la Coridh, se debate y decide en su interior qué entidad estatal dará cumplimiento a cada una de las órdenes.<sup>46</sup> La Comisión Intersectorial se encuentra presidida por el vicepresidente de la República y está compuesta por los ministros del Interior, Relaciones Exteriores, Justicia y del Derecho, Defensa Nacional, Agricultura, Salud y Protección Social, Trabajo, y Cultura y el director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. La Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Congreso de la República tienen el carácter de invitados permanentes.

En síntesis, se trata de un ente en el que se encuentran representados todos los poderes estatales así como los órganos de control. No obstante, es importante señalar que las entidades con poder de voto y decisión son todas de la Rama Ejecutiva.

---

45 En este punto se debe tener en cuenta que la Comisión Intersectorial no sólo posee la función específica de “Impulsar el cumplimiento y seguimiento de los compromisos y obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”. También ejerce otro tipo de funciones como promover la integración y articulación de los diferentes planes, programas, acciones e iniciativas del Estado para la promoción, protección, defensa y garantía de los derechos humanos y aplicación del DIH, en orden a adelantar una política integral, coherente y participativa, la promoción de la adecuación de la legislación nacional a los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Colombia sea parte y coadyuvar al cumplimiento de los compromisos internacionales en estas materias, promoción de la cooperación entre el Estado y los particulares para fortalecer la promoción y el respeto de los derechos humanos y la aplicación del DIH, entre otras. Numeral 6, artículo 9 del Decreto 4100 de 2011.

46 Ni el Decreto 4100 de 2011 ni ninguna otra normatividad establece qué entidades estatales deben cumplir qué medidas de reparación ordenadas en una sentencia de la Coridh. En atención a las múltiples órdenes de reparación y a su naturaleza diversa, la decisión respecto a cuál entidad estatal se encargará de dar cumplimiento a una medida en particular se da en el marco de las discusiones y acuerdos a los que se llegan al interior de la Comisión Intersectorial atendiendo a las competencias que se han otorgado por ley a las distintas entidades estatales.

El seguimiento a los compromisos que emanan de la Comisión Intersectorial es realizado por el Grupo Técnico al que se refiere el Decreto 4100 de 2011, y también por la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores a través del Grupo Operativo Interinstitucional, creado mediante la Directiva Presidencial 02 de 2005, para llevar a cabo una estrategia coordinada para la atención y defensa de los casos que se encuentran ante el SIDH.

Este grupo operativo, además de articular la defensa internacional del Estado ante los órganos que componen el SIDH,<sup>47</sup> se encarga también de hacer seguimiento al cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en las sentencias de la Coridh e informes de la CIDH. El Grupo Operativo Interinstitucional funge entonces como ente centralizador de la información en los procesos de implementación y cumplimiento de las órdenes de la Coridh. Es importante aclarar, en todo caso, que el Grupo Operativo no es necesariamente el llamado a cumplir las órdenes de la Coridh; su labor se limita a una especie de secretaría técnica que recopila y facilita el flujo de información entre entidades estatales y víctimas, o sus representantes.

### *3.2.2. Estructura estatal para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los informes de la cidh (art. 51 cadh)*

Igual que las sentencias de la Coridh, los informes de fondo de la CIDH contienen recomendaciones de diversa naturaleza tendientes a reparar los daños y perjuicios sufridos por las víctimas. Siendo así, estos contienen generalmente recomendaciones destinadas a garantizar la eliminación de impunidad para el caso particular así como otras medidas de tipo resarcitorio, como la compensación económica, medidas de reparación simbólica, atención médica a las víctimas, etc.

El cumplimiento de estas recomendaciones de la CIDH surte el mismo proceso que las órdenes de las sentencias de la Coridh descrito anteriormente. El único aspecto que es regulado de otra forma es la indemnización económica.

---

47 Más adelante se explicará la coyuntura actual respecto a la defensa jurídica de la Nación ante cortes internacionales, la cual podría pasar a ser responsabilidad de la nueva Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Para este asunto en particular, el Estado colombiano aplica la Ley 288 de 1996, la cual establece los instrumentos y procedimientos para la indemnización de perjuicios a víctimas de violaciones de derechos humanos declaradas por organismos internacionales cuasi judiciales, como el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la CIDH.

Como condición para proceder a celebrar conciliaciones que lleven al pago de la compensación económica, dicha ley establece dos requisitos: “1. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios; y 2. Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido por: a) El Ministro del Interior; b) El Ministro de Relaciones Exteriores; c) El Ministro de Justicia y del Derecho; d) El Ministro de Defensa Nacional”.

Según esta Ley, el Comité descrito en el numeral 2 deberá proferir un concepto favorable siempre que se reúnan los presupuestos de hecho y derecho establecidos en la Constitución Política y los tratados internacionales aplicables. En caso que el Comité Intersectorial considere que estos presupuestos no están presentes, deberá comunicarlo al Gobierno Nacional para que este interponga una demanda o apele la decisión, si ello es posible. En caso que no exista una instancia superior a la cual se pueda apelar, el Comité está obligado a rendir concepto favorable.

Un aspecto positivo de la Ley 288 de 1996 es que señala que el trámite contenido en ella procederá aun cuando las acciones internas en materia de reparación hayan prescrito. Por ejemplo, la acción de reparación directa contenida en el Código Contencioso Administrativo, mediante la cual se demanda a la administración cuando agentes estatales cometen actos u omisiones que ocasionan violaciones a los derechos humanos, prescribe dos años después del hecho u omisión atribuible a la administración. La Ley 288 de 1996 previó este inconveniente y estableció la forma de solucionarlo.

Una vez el Comité emite el concepto favorable, este se constituye, entonces, en un mecanismo que permite reactivar el proceso interno para buscar una conciliación con el Estado. Al ser proferido, el Gobierno debe solicitar una audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público que esté adscrito al

tribunal contencioso competente para dirimir el caso, de acuerdo con las reglas de competencia del ordenamiento jurídico interno.

El agente del Ministerio Público citará a los interesados a fin de que estos presenten los medios de prueba que demuestren su legítimo interés y la cuantía de los perjuicios. Sobre este punto, la Ley 288 de 1996 asigna a las pruebas valoradas por el órgano internacional una relevancia especial frente a las pruebas que consten en los procesos judiciales, administrativos o disciplinarios internos.

Una vez allegadas las pruebas, la entidad pública a la cual haya estado vinculado el servidor público responsable de los hechos, pasará a determinar de común acuerdo con las personas que hayan demostrado un legítimo interés, el monto de la indemnización de los perjuicios. Este acuerdo será incorporado en un acta, que será remitida al juez contencioso administrativo competente para el caso, para que este determine si resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, y también para cerciorarse de que esta no se encuentre viciada de nulidad. En caso que el juez determine la ocurrencia de alguna de estas dos opciones, emitirá una sentencia motivada. Ante esta situación, los interesados podrán reformular los términos de la conciliación o, si la nulidad no fuese absoluta, subsanarla y someterla de nuevo a examen del juez.

Como última opción, en caso que no se llegase a un acuerdo con la entidad estatal presuntamente responsable, los interesados están facultados por la Ley 288 para acudir ante el tribunal contencioso administrativo competente, al trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental, según lo previsto en los artículos 135 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que, a partir de la Ley 288 de 1996, el Estado colombiano ha implementado un mecanismo interno para el cumplimiento de las recomendaciones referentes a compensación económica.

### *3.2.3. Estructura estatal para el cumplimiento de la medida de reparación o recomendación consistente en investigar y sancionar penalmente a los responsables*

Generalmente, la naturaleza de los casos decididos por la Coridh y la CIDH implica un incumplimiento previo por parte de los Estados en materia de investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos. Esto

implica que la jurisdicción penal del Estado no adelantó una investigación con la debida diligencia y esfuerzos que requiere un caso en el que se han violado derechos humanos reconocidos en la CADH.

Para dar cumplimiento a las órdenes de las sentencias de la Coridh o a las recomendaciones de los informes de la CIDH frente a esta obligación de investigar y sancionar, el Estado colombiano ha hecho uso de la acción de revisión contenida en el Código de Procedimiento Penal, como ya fue expuesto anteriormente.

La práctica común para dar cumplimiento a este tipo de solicitudes del SIDH ha sido el trabajo mancomunado entre el Grupo Operativo Interinstitucional y la Procuraduría General de la Nación. Una vez el informe de la CIDH o la sentencia de la Coridh es transmitida al Estado, el Grupo Operativo Interinstitucional, la entidad que centraliza y coordina la actuación estatal para dar cumplimiento a estos requerimientos, solicita a la Procuraduría General de la Nación interponer la acción de revisión a fin de cumplir con el requerimiento del SIDH. Teniendo en cuenta su mandato constitucional contenido en el artículo 277, y en particular su función de “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”, la Procuraduría interpone la acción de revisión, generando así la posibilidad de reabrir el proceso penal y dar cumplimiento al requerimiento del SIDH.

Este procedimiento es común tanto para las sentencias de la Coridh como para los informes de la CIDH. No obstante, como se señaló en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha corporación ha decidido darle un *status* y efecto jurídico distinto a estas dos providencias del SIDH.

En este orden de ideas, el cumplimiento de este tipo de recomendaciones depende en gran medida de las determinaciones que adopte a nivel interno la rama judicial. No existe para las recomendaciones contenidas en la CIDH un camino más expedito o seguro que garantice de manera irrestricta el cumplimiento de esta obligación. Así la CIDH haya determinado en sus conclusiones que efectivamente el Estado colombiano violó la obligación de garantizar un acceso a la justicia o un recurso efectivo y eficaz, esa conclusión, por sí sola, no es suficiente para declarar inválida la actuación adelantada previamente, de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia. Serán, entonces, únicamente las determinaciones de órganos nacionales las que decidirán si efectivamente se reabren las investigaciones penales tendientes a determinar los responsables de las violaciones alegadas.

De acuerdo con lo anterior, y en contraste con la argumentación utilizada por la Sala Penal, se puede señalar que una sentencia de la Coridh tiene la capacidad de hacer prosperar de manera inmediata la acción de revisión, removiendo el manto protector de la cosa juzgada y del principio de *non bis in idem*, mientras que los informes de la CIDH, por no ser vinculantes para el Estado colombiano, apenas tienen la capacidad de ser usados como una causal válida para interponer la acción de revisión.

### *3.2.4. Implicaciones de la creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado*

La creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado (en adelante, “la Agencia”) se da en un contexto de preocupación por el costo económico que tienen para el Estado las condenas por actuaciones de la administración. En noviembre del 2011, el presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, explicaba que el Estado enfrentaba pretensiones ante instancias judiciales en más de 260.000 procesos, por más de \$1.028 billones de pesos.<sup>48</sup> Por tal razón, mediante la Ley 1444 de 2011, el Congreso otorgó al presidente de la República facultades extraordinarias para la creación de una Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, y posteriormente el Decreto 4085 de 2011 le asignó sus funciones. El artículo 6 de este decreto se refiere a la defensa del Estado ante organismos y jueces internacionales, y le otorga a la Agencia la función de “coordinar o asumir la defensa jurídica del Estado en los procesos que se adelanten ante organismos y jueces internacionales o extranjeros, de conformidad con los tratados y acuerdos que regulen la materia, salvo las controversias a las que se refiere el numeral siguiente”.<sup>49</sup>

De acuerdo con lo anterior, la Agencia sería la unidad administrativa encargada de coordinar o asumir la defensa jurídica del Estado ante los órganos que componen el SIDH. En este punto es importante señalar que tan pronto como la Agencia fue creada tuvo que lidiar con el mayor escándalo que se ha presentado

---

48 “Presentan Agencia que blindará al Estado contra lluvia de demandas”, [en línea], 1 noviembre del 2011. Diario *El Espectador*: <http://www.elespectador.com/economia/articulo-308855-presentan-agencia-blindara-al-estado-contra-lluvia-de-demandas>

49 El numeral siguiente al citado se refiere a las controversias comerciales internacionales y a obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión.

en el Estado colombiano relacionado con el SIDH: el caso relacionado con unas presuntas “falsas víctimas” en el caso de Mapiripán.

Años después de que la sentencia fuera proferida y de que el Estado pagara las indemnizaciones económicas ordenadas por la Corte, una víctima reconocida como tal en la sentencia de la Coridh expresó ante un tribunal nacional que no era una verdadera víctima, pues su esposo y sus hijos no habían muerto en la masacre de Mapiripán como quedó consignado en la sentencia de la Coridh, relato que fue corroborado posteriormente por la Fiscalía General de la Nación. Más allá de si existió un fraude al Estado y a la misma Coridh, o de las críticas que se le puedan hacer al análisis probatorio que hace la Coridh en los casos que estudia, lo que causó más extrañeza es que el mismo Estado en su estrategia de litigio ante la Coridh hubiese reconocido como víctimas a personas que, como luego se vino a conocer, en realidad no eran tales. Esto reveló entonces una defensa del Estado fragmentada y con vicisitudes en el flujo de información. La Agencia busca, entonces, prevenir situaciones de este tipo al centralizar la defensa jurídica del Estado, y establecer protocolos que guíen el accionar de los agentes del Estado ante los organismos internacionales, ya sea la CIDH o la Coridh.

A pesar de la importancia que tiene la creación de la Agencia, y de los posibles efectos que puede generar en las líneas de defensa judicial del Estado colombiano ante el SIDH, es importante señalar que para el tema específico del cumplimiento e implementación de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Coridh, no se le otorga competencia alguna mediante su decreto reglamentario. En este sentido, y de acuerdo con lo expresado por uno de los funcionarios del Estado que trabaja en el tema particular de cumplimiento de sentencias de la Coridh, la Comisión Intersectorial continuará siendo el órgano encargado de esta materia.<sup>50</sup>

### *3.2.5. Factores institucionales: conclusiones*

Desde el año 2000 existe una compleja estructura estatal creada específicamente para el cumplimiento de las disposiciones de los órganos de interpretación, control y vigilancia de los tratados de derechos humanos. Dentro de estos,

---

50 Entrevista a funcionario del Estado realizada el 17 de mayo del 2013. Por solicitud expresa del entrevistado su nombre se mantiene en reserva.



claro está, se encuentra la Coridh. Si bien esta estructura estatal tiene algunas falencias, la existencia de esta estructura no puede explicar por qué hay casos con índices de cumplimiento más alto que otros.

### **3.3. Factores presupuestales**

Uno de los posibles factores explicativos de un bajo índice de cumplimiento de órdenes de la Coridh podría ser la inexistencia de recursos económicos asignados para las reparaciones. Por ende, se investigó si el Estado colombiano tiene recursos económicos reservados exclusivamente al pago, no sólo de las indemnizaciones económicas decretadas por la Coridh, sino también para el cumplimiento de otras órdenes como, por ejemplo, la reparación simbólica que muchas veces implica la construcción de un monumento y, por consiguiente, la contratación de un artista, compra de materiales, etc.

El Estado colombiano asigna un rubro presupuestal para hacer efectivo el cumplimiento de las órdenes de reparación decretadas por la Coridh, así como las recomendaciones hechas por la CIDH. A partir de la Ley de Presupuesto General de la Nación, la cual se promulga anualmente, se concede un rubro especial destinado no sólo a cubrir las compensaciones económicas, sino todos los otros gastos que conlleva el cumplimiento de las demás órdenes de reparación: construcción de monumentos en honor a las víctimas, tratamiento médico y psicológico, etc.

Este rubro existe sin perjuicio que las entidades, al gozar de autonomía presupuestal de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decidan destinar recursos de su propio presupuesto para gastos relacionados con las reparaciones o recomendaciones que emanan del SIDH, y que les son asignadas mediante la Comisión Intersectorial.

Desde el año 2007 hasta el 2012 los valores apropiados en el rubro han sido los siguientes:<sup>51</sup>

---

51 Respuesta a underecho de petición, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, octubre 3 del 2012.

Pesos corrientes

<u>Vigencia</u>	<u>Apropiación</u>
2007	\$38.900.000.000 (en dólares, <sup>52</sup> \$21.641.168.29)
2008	\$40.000.000.000 (en dólares, \$22.253.129.35 )
2009	\$41.800.000.000 (en dólares, \$23.254.520.17)
2010	\$41.733.120.000 (en dólares, \$23.217.312.93)
2011	\$40.485.113.600 (en dólares, \$22.523.011.74)
2012	\$41.699.667.008 (en dólares, \$23.198.702.09)

Para hacer efectiva la utilización del rubro, la Dirección de Derechos Humanos y DIH del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Grupo Operativo Interinstitucional, solicita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público transferir determinada cantidad de dinero a la entidad que, de acuerdo con lo decidido en la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos, sea la encargada de cumplir con una orden de reparación específica de una sentencia de la Coridh.

### *3.3.1. Factores presupuestales: conclusiones*

Como resulta claro, el Estado colombiano sí asigna recursos económicos destinados al pago de reparaciones, y lo hace de manera global, sin hacer diferenciaciones entre los diferentes tipos de órdenes y decisiones. En tal sentido, la baja tasa de cumplimiento no puede ser explicada por el factor presupuestal.

## **3.4. Factores informales**

Literatura reciente relacionada con el cumplimiento estatal del derecho internacional ha hecho especial énfasis en los procesos informales de apropiación nacional de los estándares internacionales.<sup>53</sup> En este marco, especial relevancia se da a los procesos derivados de la cultura organizacional de las burocracias

52 Teniendo en cuenta el valor del dólar en pesos colombianos el día lunes 18 de marzo del 2013: \$1797.5 pesos moneda corriente.

53 Véase Harold Hongju Koh (2005, p. 975-982), Harold Hongju Koh (2006, p. 745), Harold Hongju Koh (1997, p. 2.599-2.659). De similar forma, véase Jutta Brunnée y Stephen J. Toope (2000, p. 19). Stephen J. Toope y Jutta Brunnée (2010).

encargadas de la implementación de las órdenes jurídicas internacionales. Atendiendo a la relevancia de tal factor se efectuaron una serie de entrevistas para obtener una visión del proceso desde adentro.<sup>54</sup> Estas entrevistas semiestructuradas fueron realizadas después de haber estudiado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, e igualmente después de haber analizado la estructura estatal dispuesta a dar cumplimiento a los requerimientos del SIDH. Por esta razón, las entrevistas tenían dos propósitos principales: primero, conocer la opinión general de los actores involucrados en el grado de cumplimiento del Estado colombiano frente a los requerimientos del SIDH, particularmente de las órdenes de la Coridh. En segundo lugar, y teniendo en cuenta los hallazgos preliminares, se indagó por pistas tendientes a encontrar explicaciones o factores alternativos, para así entender qué determina efectivamente que el Estado cumpla o no las órdenes de la Coridh.

A continuación se consignan algunas de las principales conclusiones derivadas de dichas entrevistas, que consideramos relevantes para el estudio y nos permitieron reflexionar y acercarnos a la idea de formular una serie de factores externos diseñados como variables independientes, con el fin de entender mejor el fenómeno del cumplimiento de las órdenes de la Coridh.

En primer lugar, un representante de las víctimas señaló que “el litigio no se acaba con la sentencia. El litigio sigue en la fase de implementación de las órdenes de reparación”.<sup>55</sup> El litigio no se agota con la sentencia o el informe que profiere la Coridh o la CIDH puesto que en la fase de implementación de las órdenes de reparación el Estado acude a argumentos formales para dilatar el cumplimiento de las órdenes.<sup>56</sup> Por ejemplo, el Estado argumenta algunas veces que la tasa de cambio que utilizará para liquidar la totalidad de la compensación económica será distinta a la señalada por la Corte, exige documentos adicionales o innecesarios para pagar el dinero a las víctimas, etc. La conducta del Estado previamente descrita se explica por el contenido de las sentencias que en algunas ocasiones toca fibras sensibles para el Estado. En el caso colombiano

---

54 Se realizaron en total diez entrevistas: cinco entrevistas a representantes de las víctimas ante la Coridh, una entrevista a una víctima de un caso, una entrevista a un experto independiente que trabajó en la CIDH, dos entrevistas a funcionarios estatales y una entrevista a una exfuncionaria del Estado.

55 Entrevista a Luz Marina Monzón, representante de víctimas ante la Coridh para el caso de Pueblo Bello, octubre 17 del 2012.

56 La persona entrevistada dio como ejemplo el pago de compensación económica en el caso de Pueblo Bello.

un ejemplo de esto pueden ser las sentencias referentes al fenómeno del paramilitarismo y la creación del riesgo por parte del Estado, así como su omisión para su posterior desactivación. El Estado no sólo busca controvertir esto a través de argumentos legales sino también, en opinión de la persona entrevistada, en la implementación de las medidas de reparación. En definitiva, la fase de cumplimiento parece ser el escenario de un nuevo proceso de debate entre las víctimas y el Estado, a fin de concretar los métodos y tiempos en los que las órdenes de la Coridh se llevarán a cabo.<sup>57</sup> Este hallazgo fue ratificado por una exfuncionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores quien manifestó que, en determinados casos, la fase de cumplimiento es una fase “permeada por intereses políticos”. Para explicar esto se refirió al caso de Pueblo Bello y señaló:

El caso de Pueblo Bello, por ejemplo, es un caso bien interesante porque era el momento de salida del hoy presidente de Colombia del Ministerio de Defensa para inscribir su candidatura a la Presidencia. Muy rara vez un ministro de Defensa quiere hacer el reconocimiento en un caso donde ha habido acción y omisión del Estado. [...]Lo asumí, a mi juicio, como una bandera política. Entonces, un caso que llevaba mucho tiempo a nivel interno tratándose de negociar el reconocimiento de responsabilidad, cuando él iba saliendo del Ministerio dijo, yo hago el reconocimiento. [...] Pasa también a la inversa. Por intereses políticos ciertos casos se duermen un poco y no avanzan tan rápido. Por el costo político que van a tener.<sup>58</sup>

En segundo lugar, se determinó la inoperatividad de la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos. En apariencia, la Comisión Intersectorial opera únicamente como un foro donde se asignan responsabilidades específicas a cada entidad, pero carece de cualquier mecanismo para hacer que dichos compromisos se cumplan efectivamente. Una de las preocupaciones

---

57 Algunos de los entrevistados manifestaron inconformidad con el hecho que la Comisión Intersectorial sólo esté conformada por entidades estatales y que la sociedad civil tenga un rol marginal en ella (la sociedad civil sólo asiste a las reuniones de la Comisión Intersectorial cuando es invitada y no tiene voto en sus decisiones). En su opinión, la implementación de las medidas requiere de las dos partes y la Comisión Intersectorial, por su estructura y conformación, monopoliza el cumplimiento de las medidas haciendo oídos sordos a las opiniones de las víctimas y sus representantes. Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias, octubre 3 del 2012.

58 Entrevista realizada a una exfuncionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, marzo 12 del 2013.

de los litigantes ante el SIDH es que al responsabilizar a entidades específicas del cumplimiento de distintas medidas, la naturaleza integral de las medidas de reparación se pierde, pues unas medidas son cumplidas en mayor proporción que otras. De esta forma, la visión integral de la reparación queda sólo en el papel.

Así, según Nelson Camilo Sánchez de De Justicia:

[Inicio de cita]Existen barreras institucionales;yo sinceramente creo que en todos los casos que involucran directamente la responsabilidad de militares existe una imposibilidad de cumplimiento grande; existe un gran veto del Ministerio de Defensa y de los militares específicos. Creo que quedó ampliamente demostrado con el caso del Palacio de Justicia y la forma como se demostró que el Ministerio de Defensa ponía o quitaba los abogados y lo mismo pasa respecto del cumplimiento y la reticencia del cumplimiento de parte de Colombia. Creo que cuando toca el núcleo duro de los militares existen barreras grandísimas para el cumplimiento de estos casos. Creo que el reconocimiento general de responsabilidad del Estado es en términos de defensa del Estado significativo, pero entre más se concretiza la orden y su cumplimiento ahí, digamos, más callos toca, porque ahí ya tiene que ver con responsabilidad individual y disciplinaria y tiene que ver con responsabilidad más institucional. Por eso el seguimiento del cumplimiento de las órdenes de reparación de la Coridh es un campo ampliamente disputado, que no debería serlo.[Fin de cita]

Otros puntos señalados fueron los siguientes: i) a pesar de que ya se han proferido varias sentencias contra el Estado colombiano, parece no haber una estructura con experticia suficiente para atender las órdenes de la Corte (ya sea una estructura general, como lo es la Comisión Intersectorial, o estructuras particulares al interior de cada ministerio o entidad estatal que participe con relativa regularidad en la implementación de medidas de reparación). Esta falta de experticia hace que la implementación de las medidas de reparación sea muy lenta, y que no se pueda “construir sobre lo construido”; ii) algunos usuarios del SIDH consideran que un marco legal que de antemano asigne responsabilidades a las entidades (por ejemplo, una norma que indique que todas las órdenes relacionadas con reparación simbólica están a cargo de una dependencia particular del Ministerio de Cultura), así como plazos para el cumplimiento de las órdenes de la Coridh y repercusiones de tipo disciplinario por el incumplimiento o falta

de diligencia de parte de los funcionarios encargados, podrían, tal vez, hacer más efectivo el funcionamiento de la Comisión Intersectorial.

En tercer lugar, se encontró que para los representantes de las víctimas las medidas de reparación con mayor grado de incumplimiento son la investigación penal y atención psicosocial. Esta afirmación se basa, por un lado, en la clara debilidad del aparato judicial del Estado colombiano en materia de investigación penal. Para algunos, esta no es una característica exclusiva de los casos que llegan al SIDH o de casos con determinados patrones explicativos sino un fenómeno generalizado que se evidencia en las altas cifras de impunidad en el Estado colombiano. Por otro lado, la falta de grupos interdisciplinarios que entiendan la realidad de las víctimas y la manera en que deben ser atendidas es causal de incumplimiento de la medida de atención psicosocial. Pareciera que en las entidades estatales encargadas de servicios de salud todavía no existe una concepción adecuada de los traumas que causa el conflicto armado en sus víctimas y la manera en que estas deben ser atendidas.

En cuarto lugar, se determinó que las medidas de reparación que requieren de múltiples trámites burocráticos se atascan en su implementación. Por ejemplo, la construcción de monumentos requiere múltiples contratos y permisos urbanísticos. Sumado a esto, los cambios de funcionarios y de administraciones municipales o departamentales hace que los procesos que venían gestándose durante largo tiempo se detengan mientras la nueva administración se familiariza con ellos o, incluso, sean devueltos a fases previas. Representantes de las víctimas consideran que cuando se trata de dar cumplimiento a órdenes de reparación en materia de derechos humanos, los trámites burocráticos deberían ser matizados en razón al fin que dichas medidas persiguen. Como lo manifestó uno de los abogados entrevistados: “No es lo mismo construir un puente que un monumento para honrar la memoria de las víctimas”.<sup>59</sup>

En este punto es relevante recordar lo manifestado por un funcionario del Estado encargado de adelantar el cumplimiento de sentencias de la Coridh, quien solicitó que su nombre se mantuviera bajo reserva:

Yo creo que hay dos temas principalmente: uno es el proceso de concertación, porque si uno analiza en todas se ha llevado un proceso de

---

<sup>59</sup> Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias, octubre 3 del 2012.

concertación desde hace mucho tiempo. Es decir, hay gestión del Estado en conjunto con los representantes, pero ese es un proceso muy largo en el que hay muchos intereses de por medio, entonces eso hace que se dificulte llegar a un compromiso concreto frente a un tema.

El otro tema tiene que ver ya internamente cómo responden las diferentes entidades del Estado, entonces, como le decía, hay una dificultad porque jurídicamente y administrativamente las entidades para aceptar que son competentes para cumplir con la orden generalmente sacan todos los argumentos posibles para decir que no es posible, o que no son competentes para la adopción de esas acciones. Yo creo que esos dos temas dificultan el cumplimiento de sentencias.

Teniendo en cuenta que está la plata, uno pensaría que ya eso es como el elemento primordial para avanzar, en este caso sabemos que hay un rubro especial para el cumplimiento de sentencias, pero, digamos, esa plata tiene que entrar a las entidades que van a cumplir determinada orden de la Coridh y ahí es cuando entra a jugar el tema administrativo y es que generalmente argumentan que no es posible que esa plata que tiene el presupuesto nacional entre a alguna entidad para el cumplimiento, por que al interior de la entidad no está esa partida identificada dentro del presupuesto, entonces dicen que toca hacer una reforma, que administrativamente eso ya no es posible en tal vigencia o que jurídicamente la misión de la entidad no es el cumplimiento de eso, entonces ahí es cuando digo que, a pesar de que existe esa plata, administrativa y jurídicamente uno siempre encuentra trabas al interior de las diferentes entidades. Eso también tiene que ver con el compromiso político. Algo que se ha venido trabajando es precisamente intentar que las entidades tengan la voluntad política para hacer las cosas. Creo que si hay voluntad política uno puede mover cosas. El problema es ese, que uno a veces choca con el tema administrativo, el tema jurídico y en algunos casos no hay voluntad política de avanzar.

Esa voluntad política es del funcionario básico, con el que uno habla por teléfono. Muchos de los temas no llegan a los altos funcionarios de las entidades, yo creo que es como una de las apuestas o los retos que nosotros tenemos que superar y es realmente intentar interactuar con las personas que toman en última instancia las decisiones para poder avanzar. Creo que a nivel técnico estamos acostumbrados a decir que no se puede, como una forma de cubrir a la entidad para evitar que le metan más actividades de las que desarrollan, entonces creo que esto tiene que

ver mucho con el nivel técnico. Creo que uno tiene que subir a un nivel más alto las decisiones.

Creo que gran parte de los funcionarios de muchas de las entidades realmente no entienden el tema, no los sienten como algo que realmente el Estado debe cumplir en conjunto. Tenemos casos donde uno va a las autoridades locales o regionales y simplemente les habla del tema del cumplimiento de una sentencia y dicen más o menos que eso es responsabilidad del orden nacional. Entonces ese es un ejemplo claro de cómo las entidades departamentales no sienten como suyo este tema. [...] muchas de las sentencias tienen órdenes que involucran al territorio, para ello necesitamos contar con el aval o con el apoyo de estas autoridades locales. Hacerlas entender que ellas deben cumplir con ello es difícil pero ahí poco a poco lo hemos venido haciendo.[Fin de cita]

En quinto lugar, se estableció la importancia del seguimiento de la Coridh al cumplimiento de sentencias. Los entrevistados concordaron, en su mayoría, en la importancia del seguimiento que hace la Coridh del cumplimiento de las órdenes de reparación. En su opinión, el papel más importante de la Coridh es el de “hacer oír la voz de las víctimas en sus audiencias de seguimiento así como en sus resoluciones de supervisión de cumplimiento”.<sup>60</sup> A pesar de esto, todos consideran que el mecanismo puede y debe ser mejorado, pero no hay consenso en cuanto a la forma o el mecanismo que podría mejorar el seguimiento. Algunos consideran que la presión política o diplomática sin ningún tipo de coerción hace que los Estados incumplan las sentencias de la Coridh, pues no temen ninguna consecuencia de tipo práctico. En este sentido, algunos proponen que el incumplimiento de las órdenes de reparación acarree sanciones de tipo económico a los Estados, o sanciones de tipo político más tangibles, como, por ejemplo, la expulsión de los países de la Organización de Estados Americanos (OEA).<sup>61</sup>

Otros representantes de las víctimas son algo más escépticos respecto a la conveniencia de realizar cambios al mecanismo de seguimiento actual. Para ellos, ceder el seguimiento del cumplimiento a los órganos políticos de la OEA (por ejemplo, a la Asamblea General o al Comité de Asuntos Jurídicos y Polí-

---

60 Entrevista a Rafael Barrios, abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, noviembre 9 del 2012.

61 Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias, octubre 3 del 2012.



ticos) sería sumamente riesgoso, pues en su opinión están altamente desacreditados por su inacción frente a problemas muy graves que se presentan en la región. Mantener el mecanismo de seguimiento en manos de la Coridh garantiza, en opinión de algunos, que alguna entidad sea capaz de exigirle a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, sin que haya una negociación diplomática o un cruce de favores e intereses de por medio.<sup>62</sup>

Por último, se estableció que la fragmentación en la representación de las víctimas afecta el cumplimiento de las sentencias. Algunos de los entrevistados relataron que se han presentado situaciones en las que el Estado realiza el proceso de concertación de una medida de reparación de carácter general, como, por ejemplo, un acto de perdón público,<sup>63</sup> con un grupo reducido de víctimas, dejando por fuera a la mayoría de ellas. Uno de los entrevistados señaló que esta fue una estrategia adelantada por el Gobierno anterior. De esta forma, en algunas ocasiones los funcionarios estatales negociaban directamente con las víctimas, desconociendo a sus representantes y generando fracturas al interior del grupo de víctimas. En otros casos, también ocurría que no todas las víctimas que acudían a la Coridh eran representadas por la misma ONG.

En este sentido, cuando la Corte profiere una medida de reparación integral de carácter general, el proceso de concertación de la medida puede hacerse más complejo, pues no necesariamente los intereses de las víctimas coinciden. Esto puede llevar a que el Estado adelante la ejecución e implementación de la medida sin que haya un consenso entre las víctimas respecto a la mejor manera de darle cumplimiento.

### **3.5. Factores externos**

Los hallazgos descritos hasta el momento no permiten entender de manera clara qué determina que el Estado colombiano cumpla o incumpla órdenes de la Coridh. Son varias las preguntas que permanecen sin respuesta y que no pueden responderse con base en los factores analizados hasta el momento. Ni el valor jurídico de las

---

62 Entrevista a Rafael Barrios, abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, noviembre 9 del 2012.

63 El ejemplo para ilustrar esta problemática fue el acto de perdón público ordenado por la Corte en el caso de los diecinueve comerciantes asesinados, el cual la Corte consideró como cumplido por el Estado colombiano.

sentencias de la Coridh ni la estructura organizacional del Estado encargada de dar cumplimiento a estas órdenes explican el fenómeno de forma satisfactoria.

Algunas opiniones de los representantes de las víctimas ante la Coridh respecto a la estructura y falta de funcionalidad efectiva por parte de la Comisión Intersectorial podrían explicar el bajo índice de cumplimiento a nivel general. No obstante, esa observación por sí sola no puede explicar ni los disímiles índices de cumplimiento de las órdenes de acuerdo con su naturaleza, ni tampoco los distintos grados de cumplimiento de los diferentes casos.

De todas maneras, las opiniones recogidas en las entrevistas muestran indicios de que hay otra serie de factores que inciden en el proceso de cumplimiento, pero que son imperceptibles si el análisis se centra en aspectos jurídicos o institucionales.

Los resultados obtenidos en las entrevistas —leídos bajo la óptica propuesta por Beth Simmons (2009), en el sentido de buscar qué factores sociales hacen que el sistema legal tenga *tracción* o no para que efectivamente la promesa legal se vea materializada— condujeron a realizar un trabajo que persigue un objetivo similar al suyo.

### 3.5.1. Metodología del estudio de factores externos

Con esta metodología se buscó proponer una manera distinta de estudiar el cumplimiento de las órdenes de la Coridh, en la que se consideró que ciertos factores externos (es decir, factores no jurídicos y no institucionales) pueden permitir un estudio del cumplimiento más cercano a la realidad descrita por los usuarios del SIDH.

Esta idea trasladada a la práctica implicó, entonces, la formulación de nueve hipótesis que podrían explicar por qué una orden o un caso como tal se cumple en mayor o menor medida. En términos metodológicos estas nueve hipótesis son variables independientes categóricas que pretenden explicar la variable dependiente, que en este caso es el grado de cumplimiento de la orden puntual o el caso. La variable dependiente usa las tres categorías establecidas por la Coridh a través de sus resoluciones de supervisión de cumplimiento: cumplido, incumplido y cumplido parcialmente.

Varias de las hipótesis operativizadas por medio de variables independientes surgieron directamente de los hallazgos realizados en las entrevistas. Otras son fruto de la intuición del grupo investigador.

A continuación se presentan las variables independientes que se utilizaron para analizar el grado de cumplimiento de órdenes puntuales y casos de la Coridh.<sup>64</sup>

Variable independiente	Categorías	Unidad de análisis
Naturaleza de la orden de reparación	Compensación de carácter no económico Compensación económica Pago de costas y gastos Instrucción a funcionarios públicos Investigación penal Protección a testigos Reparación simbólica	Orden de reparación
Pertenencia de las víctimas a un grupo vulnerable	Sí No	Caso
Participación de las víctimas en el proceso de concertación e implementación de las medidas de reparación con el Estado	Sí No	Orden de reparación
Cubrimiento de los hechos del caso por parte de medios de prensa nacionales después de proferida la sentencia de la Coridh (diario <i>El Tiempo</i> y revista <i>Semana</i> )	Muy alto Alto Medio alto Medio bajo Bajo Muy bajo	Caso
Medida de reparación de carácter clásico	Sí No	Orden de reparación
Caso sensible políticamente	Sí No	Caso
Implementación de la medida de reparación a cargo exclusivo del Gobierno Nacional	Sí No	Orden de reparación

<sup>64</sup> Las definiciones clave de las variables independientes están en el Anexo metodológico.

Cumplimiento de la orden certificado por la Coridh después de la posesión de Juan Manuel Santos como presidente de la República	Sí No	Orden de reparación
Cumplimiento de la orden certificada por la Coridh después de la expedición de la Ley de Víctimas	Sí No	Orden de reparación
ONG que haya litigado el caso ante la Coridh y que haga seguimiento a su cumplimiento	Colectivo de abogados José Alvear Restrepo Comisión Colombiana de Juristas Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos en conjunto con la Comisión Colombiana de Juristas	Caso

### 3.5.2. Poder explicativo de las variables independientes

Con estas variables en mente se realizaron dos análisis para tratar de determinar que hipótesis podrían tener poder explicativo. Un análisis fue de corte estrictamente porcentual, enfocado en el efecto de cada variable independiente frente a la dependiente. Con este mismo método se analizó el efecto que podrían tener algunas variables independientes combinadas sobre el resultado de la variable dependiente. El otro análisis consistió en revisar las correlaciones simples y una exposición econométrica. En primera instancia se presentará el análisis porcentual y posteriormente se explicarán los hallazgos obtenidos a través de correlaciones simples obtenidas por medio de una regresión econométrica.

### 3.5.3. Análisis porcentual

i. “Cuando la víctima pertenece a un grupo vulnerable el cumplimiento es más alto”.

Cumplimiento 46% - Incumplimiento 44%

Teniendo en cuenta el estrecho margen entre ambas cifras creemos que *no es una hipótesis con poder explicativo*.

ii. **“Cuando las víctimas participan en el proceso de concertación e implementación de las medidas de reparación, el cumplimiento reportado por la Coridh es más bajo”.**

Cumplimiento 31% - Incumplimiento 65%

iii. **“Cuando las víctimas no participan en el proceso de concertación e implementación de las medidas”.**

Cumplimiento 46% - Incumplimiento 38%

Esta hipótesis sí estaría confirmada y *tendría poder explicativo*. Como se señaló anteriormente, de acuerdo con la opinión de una de las personas entrevistadas “el litigio continúa en la implementación”. Esto implica que en algunos casos se presentan posiciones encontradas entre representantes del Estado y víctimas respecto a la manera en la que la medida de reparación debe llevarse a cabo. Un 73% de las medidas en las que las víctimas participan son medidas de reparación simbólica que, de acuerdo con los mismos representantes, son de las más importantes para las víctimas.

iv. **“Cuando el cubrimiento en prensa es muy alto el cumplimiento también es alto”.**

Cumplimiento 40% - Incumplimiento 50% - Cumplimiento parcial 10%

De acuerdo con estas cifras, parece ser que el cubrimiento de prensa no es significativo en términos de cumplimiento de las órdenes por parte del Estado y por ende esta hipótesis *no tiene poder explicativo*.

v. **“Cuando la medida de reparación no es una medida clásica el incumplimiento es más alto”.**

Cumplimiento 37% - Incumplimiento 53%

vi. **“Cuando la medida de reparación es una medida clásica”.**

Cumplimiento 50% - Incumplimiento 37,5% - Cumplimiento parcial 12,5%

De acuerdo con las cifras parecería ser que la hipótesis sí *puede tener poder explicativo*. Es importante anotar que de la totalidad de las medidas no clásicas un 35% corresponde a la categoría de medidas de compensación de carácter no económico, que arroja un nivel de incumplimiento del 73%. Parece ser, entonces, que las medidas de compensación de carácter no económico tienen un alto grado de complejidad para su cumplimiento.

**vii. “Cuando el caso es sensible políticamente el cumplimiento es más bajo”.**

Cumplimiento 38% - Incumplimiento 52%

**viii. “Cuando el caso no es sensible políticamente”.**

Cumplimiento 56% - Incumplimiento 32%

Esta hipótesis sí *tendría un poder explicativo* y podría llevar a concluir que el Estado no tiene la misma voluntad para cumplir las órdenes contenidas en sentencias relacionadas con casos que han sido sensibles políticamente.

**ix. “Cuando la implementación de la medida está a cargo exclusivo del Gobierno Nacional el grado de cumplimiento es más alto”.**

Cumplimiento 49% - Incumplimiento 41%

**x. “Cuando la medida no está a cargo exclusivo del Gobierno Nacional”.**

Cumplimiento 14% - Incumplimiento 73%

La hipótesis *tendría un poder explicativo* y se explicaría bajo la lógica de que la interacción entre distintas entidades del Estado es un factor que dificulta el cumplimiento de las medidas de reparación, cuando estas requieren de dicha interacción.

Ejemplos de medidas a cargo exclusivo nacional son los pagos de indemnizaciones económicas, los cuales generalmente son responsabilidad de un ministerio, o la publicación de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional. Como ejemplo de medidas que no están a cargo exclusivo del Gobierno Nacional se puede mencionar la construcción de monumentos en honor a la memoria de las víctimas, que generalmente implica un proceso de coordinación

con autoridades locales del lugar donde será instalado el monumento, permisos urbanísticos, etc.

**xi. “Desde la posesión del Gobierno de Juan Manuel Santos se reporta un mayor grado de cumplimiento”.**

Esta variable *no tiene relevancia* pues un 65% de los certificados de cumplimiento de la Coridh fueron expedidos antes de su posesión, razón por la cual no se tienen suficientes datos para afirmar si el cambio de Gobierno Nacional tiene algún peso en el cumplimiento de las medidas.

**xii. “Desde la expedición de la ley de víctimas y tierras se reporta un mayor grado de cumplimiento”.**

Igual que la hipótesis inmediatamente anterior, esta variable *no tiene relevancia* pues el 65% de los certificados de cumplimiento fueron dados por la Coridh antes de la expedición de la ley.

**xiii. “El grado de cumplimiento puede depender de las ONG que litiguen ante la Coridh y su estrategia de trabajo”.**

De los nueve casos comprendidos en el periodo 2004-2012 y analizados en este proyecto, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (en adelante, Cajar) ha litigado cinco, la Comisión Colombiana de Juristas (en adelante, CCJ) ha litigado dos, el Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos, uno (en adelante, GIDH), y la CCJ en conjunto con el GIDH, uno.

La CCJ reportó un 27,7% de cumplimiento de las órdenes de reparación en los casos que ha litigado, Cajar reportó un 50% de cumplimiento, el GIDH reportó un 33% de cumplimiento y el GIDH en su labor de litigio conjunto con la CCJ reportó un 40% de cumplimiento.

Esta hipótesis *sí tendría un poder explicativo* puesto que el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, además de ser la ONG que reporta más cumplimiento, es la ONG que ha litigado más casos ante la Coridh, razón por la cual se puede pensar que tiene una mayor experticia en esta fase del proceso.

### *Hipótesis complejas*

Adicional a la verificación de hipótesis simples, el proyecto apuntó a hacer un análisis de hipótesis complejas. Las hipótesis complejas son el resultado de combinar dos o más hipótesis simples y verificar cuál sería el grado de cumplimiento declarado por la Corte en dichos casos.

#### *Medida de reparación simbólica + participación de las víctimas en la implementación*

Las medidas de reparación simbólica en las que participan las víctimas reportan un 65% de incumplimiento y un cumplimiento del 29%.

Las medidas de reparación simbólica donde *no* participan las víctimas reportan un cumplimiento del 87% y un incumplimiento del 13%.

Esta hipótesis *tiene un fuerte poder explicativo* y confirma la hipótesis general según la cual el litigio continúa en la implementación y la conciliación de intereses entre las partes resulta bastante compleja alargando el proceso de cumplimiento de la orden.

#### *Medida de reparación simbólica + casos sensibles*

Las medidas de reparación simbólica en casos sensibles reportan un 25% de cumplimiento y un 67% de incumplimiento.

En los casos no sensibles estas medidas reportan un cumplimiento del 52% y un incumplimiento del 44%.

Es decir que la diferencia en los grados de cumplimiento de los casos sensibles respecto a los no sensibles es de un 27%. La diferencia en el grado de incumplimiento disminuye de los casos sensibles a los no sensibles en un 23%. Esta hipótesis *tiene un fuerte poder explicativo* y confirma que en los casos sensibles, y en las medidas de reparación simbólica, en particular, que representan un valor importante para las víctimas, el Estado tiende a cumplir en menor grado.



### *Medida a cargo exclusivo del Gobierno Nacional + casos sensibles*

Cuando se trata de una medida a cargo exclusivo del Gobierno Nacional, en los casos sensibles el cumplimiento es de un 41% y el incumplimiento del 48%. Las medidas que están a cargo exclusivo del Gobierno Nacional y hacen parte de un caso sensible reportan un cumplimiento del 60% y un incumplimiento del 33%. *Esta hipótesis tendría un poder explicativo* y confirmaría, entonces, que en los casos sensibles el incumplimiento es mayor. El argumento según el cual las medidas a cargo exclusivo del Gobierno Nacional tienen mayor grado de cumplimiento no sería convincente cuando se trata de un caso sensible.

#### *3.5.4. Análisis basado en correlaciones simples y exposición econométrica*

Para el análisis de correlaciones simples se desarrollaron tres tipos de tests: Ktau, Spearman y Pwcorr. El primero se empleó debido a que la base de datos (a la cual nos hemos referido como “la matriz”) es relativamente pequeña, el segundo, porque las variables de estudio pueden corresponder a variables aleatorias continuas, y el tercero, cómo la medida más acertada de correlación por pares, la cual en este caso es necesaria, ya que la mayoría de las variables son dicotómicas. Empleando los tres tests el estudio de las relaciones es robusto y también las conclusiones que arroja, puesto que exponen los mismos resultados en términos de significancia de las variables.

	Ktau Test	Spearman Test	Pwcorr Test
	Cumplido		
Vulnerable	0.0344	0.0688	0.0688
Participa	-0.0826*	-0.1876*	-0.1876*
Gob/Nal	0.1067**	0.2782**	0.2782**
Litigante	0.0181	0.0333	0.0264
Prensa	-0.0284	-0.0591	-0.0699
Clásica	0.0964*	0.2041*	0.2041*
Sensible	-0.0895*	-0.1978*	-0.1978*

\*Significativa al 10%;

\*\*Significativa al 5%

Realizada la correlación mediante los tests de Ktau, Spearman y Pwcorr se pudo identificar que en ellos dos de las variables independientes (la significancia aparece en el cuadro) relacionadas positivamente con el cumplimiento de las órdenes de reparación son las medidas a cargo exclusivo del Gobierno Nacional y las órdenes de reparación que son de naturaleza clásica. Esto quiere decir que las medidas a cargo exclusivo del Gobierno Nacional, así como las medidas de naturaleza clásica, son, generalmente, las que más cumple el Estado colombiano en el universo de órdenes de reparación estudiado.

Por otro lado, las variables independientes relacionadas negativamente son las órdenes de reparación en las que debe haber un proceso de concertación con las víctimas y aquellas órdenes de reparación contenidas en casos que hemos catalogado como políticamente sensibles. Es decir, que las órdenes que implican una concertación con las víctimas y las órdenes que provienen de casos sensibles políticamente tienden a tener índices de cumplimiento más bajos.

Estos hallazgos preliminares fueron refinados a través del análisis econométrico empleando una regresión tipo probabilística. A continuación se expone el resultado de los efectos marginales de la regresión desarrollada.

Marginal effects after probit  
 y = Pr(cumplido) (predict)  
 = .41187754

variable	dy/dx	Std. Err.	z	P> z	[ 95% C.I. ]	X
partic~a*	-.1785628	.12075	-1.48	0.139	-.415223 .058097	.261905
gobnal*	.3001089	.1298	2.31	0.021	.045698 .554519	.821429
clasica*	.143785	.12475	1.15	0.249	-.100725 .388295	.666667
sensible*	-.2239704	.124	-1.81	0.071	-.467007 .019066	.714286

(\*) dy/dx is for discrete change of dummy variable from 0 to 1

Este análisis permite determinar el aumento de la probabilidad de que una orden de reparación sea cumplida cuando las variables independientes son positivas, es decir, cuando la medida requiere la concertación con las víctimas, cuando la orden de reparación está a cargo exclusivo del Gobierno Nacional, cuando la orden de reparación es de naturaleza clásica y cuando la orden proviene de un caso sensible políticamente.

Según el análisis de los efectos marginales se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Que un caso sea políticamente sensible disminuye en un 22% la probabilidad de que sus órdenes de reparación sean cumplidas.
2. Que la orden de reparación requiera la concertación con las víctimas disminuye en un 17% la probabilidad de que sea cumplida.

Es importante señalar que al analizar las variables independientes de manera cruzada, es decir, como hipótesis complejas (por ejemplo, al tratar de determinar qué probabilidad hay de que una orden sea cumplida cuando hace parte de un caso políticamente sensible e igualmente está a cargo exclusivo del Gobierno Nacional), la regresión no arrojó ningún resultado significativo, por lo que no es posible llegar a una conclusión válida respecto a este tipo de hipótesis. Esto se puede explicar por el bajo número de observaciones con el que cuenta la base de datos, pero no implica que con un mayor número de observaciones se pueda realizar de nuevo la regresión, y analizar los efectos combinados de dos variables independientes sobre la variable dependiente.<sup>65</sup>

#### **4. Sección III. Conclusiones generales**

El objetivo principal de este estudio fue identificar los factores que inciden en el grado de cumplimiento de las sentencias de la Coridh contra el Estado colombiano. Los hallazgos preliminares llevaron inadvertidamente a perseguir un objetivo secundario: el de entender el proceso de cumplimiento a través de factores externos que no se centran en aspectos legales o institucionales. Esto, a su vez, permitió entrar en la línea de investigación de Simmons y otros autores como Huneus, la cual busca iluminar esa caja negra que es el Estado cuando se estudia bajo una visión ortodoxa del derecho internacional.

Para el caso colombiano es claro que el fenómeno de cumplimiento no puede ser explicado en su totalidad mediante estudios que se enfoquen únicamente en la recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, o en la capacidad institucional estatal para cumplir con los requerimientos de la Coridh. Este último factor, la capacidad estatal y la existencia de una entidad o grupo destinado a este propósito, podrían explicar tal vez parcialmente el bajo

---

65 Para efectos de nuestro estudio, una "observación" se refiere a una orden de reparación incluida dentro del universo de órdenes de reparación estudiadas.

cumplimiento a nivel general, pero no los divergentes grados de cumplimiento que se evidencian al comparar los distintos casos.

Por ende, el fenómeno del cumplimiento se puede apreciar mejor a través de los factores externos propuestos en este estudio, y obtenidos a través de un trabajo de campo en el que se consultó a los actores directamente involucrados en el proceso de cumplimiento. Las hipótesis propuestas arrojan ya algunos resultados interesantes, pero esto no obsta para pensar en que son las únicas con un poder explicativo. La agenda investigativa debería apuntar a refinar estas hipótesis o proponer unas nuevas. Asimismo, la expansión del universo de órdenes de reparación estudiadas permitiría hacer análisis econométricos más robustos. Resultaría también interesante comprobar si en otros Estados estos factores externos propuestos por nosotros podrían llegar a tener también un poder explicativo.

Del análisis realizado se pueden extraer las siguientes conclusiones respecto a las hipótesis o variables independientes:

1. Las órdenes de reparación que implican un proceso de concertación con las víctimas propician un espacio de deliberación y negociación que generalmente repercute en el incumplimiento de la medida. Esto lo confirma tanto el análisis porcentual como el análisis de correlaciones y la exposición econométrica realizada. Esta conclusión no debería ser interpretada como algo necesariamente nocivo. Por el contrario, y como afirmaron algunos de los entrevistados, muchas veces son estas medidas de reparación las que tienen mayor valor para las víctimas pues son consultadas y la medida como tal, o la forma en la que se va a implementar, depende de lo que las víctimas quieran. Las víctimas vuelven a tener una voz en esta fase. Por ello, sería equivocado pensar en aumentar el índice de cumplimiento sacando a las víctimas del proceso de concertación.
2. Los casos políticamente sensibles tienen un índice de cumplimiento muy bajo. Esta conclusión es la misma tanto en el análisis porcentual como en las correlaciones y la exposición econométrica.

En el análisis estrictamente porcentual esto se confirma al cruzar esta variable con otra variable que generalmente arrojaba un cumplimiento alto, por ejemplo, las medidas a cargo exclusivo del Gobierno

Nacional. No obstante, la exposición econométrica no permite llegar a esta misma conclusión y no arroja una correlación significativa al analizar estas dos variables independientes en forma cruzada.

En todo caso, la relevancia de la variable independiente catalogada como “casos políticamente sensibles” parece confirmar una de las conclusiones extraídas de las entrevistas realizadas, y es que la fase de implementación y cumplimiento sigue siendo una “zona de litigio permeada por intereses políticos”. Esto, sin duda, afecta el cumplimiento de las órdenes y deja la obligatoriedad de la orden de la Coridh sometida al vaivén de otra serie de factores completamente extralegales.

3. El análisis porcentual y el econométrico nos permite afirmar que las medidas exclusivamente a cargo del Gobierno Nacional tienen altos niveles de cumplimiento. Esto evidencia un rasgo encontrado en las entrevistas: que muchas veces las órdenes de reparación que requieren una interacción entre el Gobierno Nacional y autoridades departamentales o municipales implica un proceso burocrático pesado, lento, lleno de formalidades legales y desidia de algunos funcionarios públicos del orden departamental o municipal, que consideran el cumplimiento de estas órdenes como una responsabilidad exclusiva del Gobierno Nacional. Que una construcción de un monumento sea ordenada por la Coridh no exime a las entidades de someter todos los procesos de contratación a los requisitos legales que se requieren frente a cualquier otro tipo de obra. Esto, sin lugar a dudas, hace que el proceso sea mucho más complejo. Este problema se ve potencializado cuando, por ejemplo, personas a nivel departamental o municipal que han estado familiarizadas con el proceso de cumplimiento son trasladadas de oficina o dejan de trabajar para la entidad. Esto no implica necesariamente empezar de cero el proceso de cumplimiento, pero sí un retroceso importante en el avance de cumplimiento.
4. Existen otras variables que no tienen poder explicativo. Por ejemplo, que las víctimas del caso pertenezcan a una población vulnerable y el grado de cubrimiento en prensa del caso. Al parecer, estas variables no tienen ningún efecto sobre el nivel de cumplimiento.

5. Otra variable que puede tener un poder explicativo es la que expone el nivel de cumplimiento teniendo en cuenta la ONG que haya llevado el caso ante la Coridh, y que hace seguimiento al proceso de cumplimiento. El problema con esta variable, y que puede hacer dudar de su fiabilidad, es que no todas las ONG analizadas han llevado el mismo número de casos. Es posible que el hecho de llevar más casos implique más experiencia y, por ende, un mejor récord de cumplimiento. No obstante, al no tener un número similar de casos comparables por ONG es difícil aseverar que esta es una variable independiente con un fuerte poder explicativo. Es necesario aclarar que el poder explicativo de esta variable está respaldado únicamente por el análisis porcentual. En el análisis de correlaciones y en la exposición econométrica esta variable no tiene ninguna incidencia significativa sobre la variable dependiente.

En síntesis, el estudio del fenómeno de cumplimiento por medio de este tipo de factores puede acercar la investigación al fenómeno tal como lo perciben los actores que participan directamente en él. Seguramente habrá contextos donde la relación derecho internacional-derecho nacional sea aún relevante, y donde el *status* jurídico de las sentencias de la Coridh no esté protegido por una certeza, y esto pueda explicar los bajos índices de cumplimiento. Igualmente, se encontrarán casos donde no haya una estructura estatal similar a la colombiana o al menos igual de desarrollada, y esto explique los índices de cumplimiento. Para el caso colombiano, al menos, se considera que una agenda investigativa centrada en explicar el fenómeno de cumplimiento buscando estos factores que dan *tracción* (para usar la terminología de Simmons), resulta ser más prometedora y eficaz.

## 5. Anexo Metodológico

Con el fin de aclarar algunas dudas que pueda haber respecto a la metodología empleada se anexa este breve escrito, que explica algunos aspectos de la metodología, tales como la configuración de las categorías en las que se agruparon los órdenes de reparación y la terminología o palabras clave en la formulación de las hipótesis operativizadas a través de variables independientes. Igualmente, se explica la metodología empleada para dar uso a la variable independiente

referente al cubrimiento de prensa y se incluyen las regresiones econométricas realizadas para las correlaciones simples.

## **5.1. Categorías de órdenes de reparación**

Las categorías de órdenes de reparación fueron creadas a partir del análisis de las sentencias de la Coridh. En primer lugar se encuentran (i) las *medidas de compensación de carácter no económico* que se refieren a medidas que se decretan con un fin no económico sino funcional: por ejemplo, el pago de los estudios académicos a los hijos de las víctimas. En segundo lugar están (ii) *las medidas de compensación económica*, que se refieren al pago de dinero a manera de indemnización por los daños y perjuicios que se pudieron ocasionar a las partes lesionadas. Esta medida la categorizamos, a su vez, como de naturaleza *clásica*. En tercer lugar está (iii) *el pago de costas y gastos*, que se refiere al pago de los gastos que se generaron para los representantes de las víctimas en el proceso ante la Coridh. En cuarto lugar está (iv) *la instrucción a funcionarios públicos*, la que se refiere a una serie de directrices ordenadas por la Coridh al Estado, que apuntan a reparar a las víctimas tratando de promover un cambio general y estructural en determinada estructura del Estado. Un ejemplo de una típica medida de este tipo sería la instrucción de capacitación en DDHH a los funcionarios de una entidad estatal en especial o la creación de un comité de seguimiento para el cumplimiento de otras medidas de reparación decretadas. En quinto lugar está (v) la medida de *investigación penal*, la que se refiere a investigar de manera eficiente y satisfactoria los hechos que produjeron la violación de los derechos humanos y, si es el caso, condenar a los responsables de ello, incluso si el proceso ya hubiere finalizado. En sexto lugar (vi) están las medidas de *protección a testigos y víctimas*, que buscan la protección integral de los derechos humanos de estas personas debido a su condición de vulnerabilidad. Por último están (vii) *las medidas de compensación simbólica*, que son medidas que buscan una reparación emblemática con el propósito de resarcir a las víctimas y de rescatar el honor de cada una de ellas. Por ejemplo, la medida que ordena la construcción de un monumento en honor a las víctimas de una masacre.

## 5.2. Terminología dentro de las hipótesis

*Grupo vulnerable:* aquellos grupos de la población que por su condición de edad, sexo, estado civil u origen étnico son susceptibles a la situación de riesgo. Dentro del contexto que aquí se trabaja nos referimos a grupos de personas desplazadas por el conflicto armado interno, así como también a grupos susceptibles de discriminación por su condición.

*Medida clásica:* aquella que, generalmente, es decretada por la Coridh, es una medida típica y representativa de aplicación. Por ejemplo, una medida de compensación económica.

*Participación de las víctimas:* entendemos que las víctimas participan en la implementación de las medidas cuando es necesario concertar con ellas algunos puntos de acuerdo con lo señalado en la sentencia (ejemplo, diseño de un monumento, fecha y lugar de un acto de reconocimiento de perdón) o cuando la implementación requiere de su voluntad expresa, como ocurre en las medidas de retorno en los casos donde hubo desplazamiento forzado.

*Implementación de la medida a cargo exclusivo del Gobierno Nacional:* algunas medidas no requieren del trabajo conjunto de distintas entidades estatales (por ejemplo, pago de indemnizaciones económicas, actos de perdón público, publicación de sentencias, obligación en materia de justicia), mientras que otras requieren de varios trámites burocráticos e interacción entre distintas entidades nacionales (por ejemplo, construcción de monumentos, prestación de servicios de salud, otorgamiento de becas o creación de diplomados).

*Casos sensibles:* varias sentencias de la Corte han sido mal recibidas por algunos estamentos del poder porque señalan la complicidad del Estado y de sus instituciones en la comisión de violaciones a los DDHH. Consideramos casos sensibles, por ejemplo, los casos paradigmáticos contra Colombia en los que la Corte estableció que el Estado había creado un riesgo objetivo al crear las Autodefensas Unidas de Colombia y que luego no adoptó medidas apropiadas para desmantelarlas. También consideramos como casos sensibles estos donde las víctimas eran políticos de oposición.



### **5.3. Metodología variable de prensa**

#### *Descripción de metodología empleada*

En este acápite se describe la metodología utilizada para la verificación de la hipótesis relativa al cubrimiento de prensa. En primer lugar, se trata de noticias que se encuentran en diarios que circulan a nivel nacional, estos son (i) *El Tiempo*, (ii) *El Espectador* y (iii) la revista *Semana*; por lo tanto, son medios de comunicación de amplio cubrimiento y tradición en Colombia. En este sentido, podrían catalogarse como los diarios tradicionales y, por consiguiente, las noticias que allí aparecen generan un alto impacto en la dinámica de la sociedad colombiana. En segundo lugar, las noticias seleccionadas para el conteo tienen las siguientes características: (i) son noticias de primera plana; (ii) noticias que se encuentran en el interior del diario cuyo título se refiere explícitamente a los casos que llevó la Coridh en Colombia; (iii) noticias sobre procesos penales a nivel nacional, llevados a cabo en razón a los fallos de las sentencias de la Coridh; (iv) noticias sobre el pago o no de indemnizaciones a las víctimas relacionadas con los casos llevados ante la Coridh; (v) editoriales y opiniones de prensa sobre los casos llevados ante la Coridh, así como los editoriales y opiniones de las decisiones de esa misma corporación; (vi) noticias relacionadas con el cumplimiento del fallo de la Coridh por parte del Estado colombiano; (vii) noticias relacionadas con la opinión del Estado colombiano sobre los fallos de la Coridh. Dentro del conteo de noticias no se incluyeron: (i) foro de lectores; (ii) resumen de noticias (secciones de los diarios en donde se mencionan las noticias más importantes de la semana pero no se profundiza en ellas); (iii) noticias de otros casos polémicos en los que se menciona personas implicadas en los casos objeto de estudio de la Coridh; (iv) noticias que se refieren a otros fallos de la Coridh para Colombia pero que no se encuentran dentro de los casos objeto de estudio en la presente investigación; (v) noticias que recopilan todos los casos colombianos llevados a la Coridh.

#### *Descripción de las bases de datos*

Para la búsqueda y conteo de noticias en el diario *El Tiempo* se consultó la base de datos que maneja el periódico dentro de sus instalaciones. La

consulta se realizó los días 12 y 21 de septiembre del 2012. Para la consulta de noticias en el diario *El Espectador* se utilizó el buscador de la página *web* oficial del mismo, puesto que, de acuerdo con la información dada, este diario no posee base de datos interna abierta al público. Por último, para la búsqueda de noticias en la revista *Semana* se utilizó el buscador que contiene la página *web* de la misma.

**Cuadro de cantidad de noticias por caso de acuerdo con el medio de comunicación**

CASO	DIARIO EL TIEMPO/No. de noticias	DIARIO EL ESPECTADOR/No. de noticias	REVISTA SEMANA/No. de noticias
Diecinueve comerciantes	12	4	2
Gutiérrez Soler	4	2	2
Masacre de Mapiripán	76	82	27
Masacre de Pueblo Bello	10	4	2
Masacre de Ituango	20	10	10
Masacre de la Rochela	13	9	6
Escué Zapata	1	2	1
Valle Jaramillo y otros	1	6	1
Manuel Cepeda Vargas	10	24	10
<b>TOTAL</b>	<b>147</b>	<b>143</b>	<b>61</b>

**TOTAL GENERAL NOTICIAS: 351**

Categorización de noticias de prensa

CUBRIMIENTO DE PRENSA NOTICIAS	Diecinueve comerciantes	Gutiérrez Soler	Masacre de Mapiripán	Masacre de Pueblo Bello	Masacres de Ituango	Masacre de la Rochela	Escué Zapata	Valle Jaramillo y otros	Manuel Cepeda Vargas
Muy alto (155-185)			185						
Alto (124-154)									
Medio-alto (93-123)									
Medio-bajo(62-92)									
Bajo (31-61)					40				44
Muy bajo (1-30)	18	8		16		28	4	8	

Se tomó el dato numérico más alto de noticias y se le restó el dato más bajo (185-4=181). El resultado fue dividido por el número de categorías que se quería formar. Así,  $181/6$  (#categorías alto, medio, bajo) = 30,1. Este resultado (aproximado a 30) se utilizó como intervalo en cada una de las categorías.

[T3]Relaciones entre las variables independientes y dependiente

```
. spearman, star(0.1)
(obs=84)
```

	cumplido	vulner-e	partic-a	gobnal	litiga-e	prensa	clasica	sensible	ambos
cumplido	1.0000								
vulnerable	0.0688	1.0000							
participa	-0.1876*	0.1767	1.0000						
gobnal	0.2782*	0.0200	-0.0757	1.0000					
litigante	0.0333	0.3010*	0.0613	-0.0055	1.0000				
prensa	-0.0591	-0.2795*	-0.0235	-0.0663	0.4956*	1.0000			
clasica	0.2041*	-0.0168	-0.0957	0.3297*	-0.1149	-0.0783	1.0000		
sensible	-0.1978*	-0.2787*	0.0171	-0.0885	-0.1442	0.4393*	0.0559	1.0000	
ambos	0.0208	-0.2131*	-0.0860	0.5384*	-0.1232	0.2996*	0.2041*	0.7303*	1.0000

[T3]Regresión econométrica de los efectos marginales

. probit cumplido participa gobnal clasica sensible

Iteration 0: log likelihood = -57.364281  
 Iteration 1: log likelihood = -50.479915  
 Iteration 2: log likelihood = -50.446245  
 Iteration 3: log likelihood = -50.446229  
 Iteration 4: log likelihood = -50.446229

Probit regression	Number of obs	=	84
	LR chi2(4)	=	13.84
	Prob > chi2	=	0.0078
Log likelihood = -50.446229	Pseudo R2	=	0.1206

umplido	Coef.	Std. Err.	z	P> z	[95% Conf. Interval]
participa	-.4776501	.3412303	-1.40	0.162	-1.146449 .1911489
gobnal	.8744274	.4667464	1.87	0.061	-.0403788 1.789234
clasica	.3774697	.3371549	1.12	0.263	-.2833418 1.038281
sensible	-.5718557	.3214235	-1.78	0.075	-1.201834 .0581228
_cons	-.6590768	.4991315	-1.32	0.187	-1.637357 .319203

## Referencia

ACOSTA LÓPEZ, J; BRAVO RUBIO D. El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la CORIDH de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana. *International Law: Revista colombiana de derecho Internacional*, No. 13, p. 323-362, 2008.

BASCH, F., The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions. *Sur - International Journal on human rights*, v. 7, nº 12, p. 09-35, 2010.

BRINKS, D.; GAURI, V (Coord.). *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GUTIERREZ, A. *El Bloque de Constitucionalidad: Conceptos y Fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

KOH, Harold Hongju. Why Transnational Law Matters *Penn State International Law Review*, Vol. 24, n° 04, p. 750-753, 2006.

\_\_\_\_\_. Internalization Through Socialization. *Duke Law Journal*, Vol. 54, no. 4, p. 975–982, 2005.

\_\_\_\_\_. Why Do Nations Obey International Law? *Yale Law Journal*, Vol. 106, no. 8, p. 2599–2659, 1997.

HAWKINS, D.; WADE J. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 6, n° 1, p. 35-85, 2010.

HUNEEUS, A. Courts Resisting Courts: Lessons from the InterAmerican Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, p. 493-533, 2011.

JUTTA BRUNNÉE; STEPHEN J. TOOPE. International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2000.

RODRIGUEZ GARAVITO, C.; RODRIGUEZ FRANCO, D. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.

SIMMONS, B., *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

STEPHEN J. TOOPE; JUTTA BRUNNÉE. *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

UPRIMNY, R. La Fuerza Vinculante de las Decisiones de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos en Colombia: Un examen de la Evolución de la Jurisprudencia Constitucional. In.: KRSTICEVIC, V. y TOJO, L. (Coord.) *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Derechos Humanos y Políticas Públicas Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires CEJIL: 2007, p. 127-142.

\_\_\_\_\_. *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Bogotá: Convers Design, 2006.



# O Cumprimento de Sentenças da CorteIDH sobre Desaparecimentos Forçados em Brasil e Colômbia

Paulo André Nassar<sup>1</sup>

Rafaela Bacelar<sup>2</sup>

## Introdução

Este trabalho pretende avaliar como o Brasil e a Colômbia cumprem às medidas de reparação determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas. Analisamos especificamente o cumprimento das decisões da Corte Interamericana pelos estados selecionados, em casos nos quais se reconheceu a responsabilidade internacional de Brasil ou Colômbia pelo desaparecimento forçado de indivíduos. Nos interessa (a) identificar que tipo de medidas de reparação a CorteIDH costuma determinar nesses casos, realçando sua natureza e especificidades; (b) aferir o grau de cumprimento dessas medidas, identificando *o que* os Estados têm feito para cumpri-las e *como* a Corte avalia as condutas estatais nas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença; e a partir do anterior, (c) responder uma pergunta difícil: O que a Corte espera que os Estados efetivamente *façam* para considerar cumpridas as medidas de reparação por desaparecimentos forçados?

Reputamos essa pergunta difícil porque em *todos* os casos estudados a Corte considera que os Estados não cumpriram, sequer parcialmente, as medidas que determinam que se empreendam todos os esforços possíveis no intuito deter-

---

1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará com período sanduíche na University of Wisconsin-Madison (EUA). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV-SP).

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista do Programa Nacional de Cooperação Acadêmica da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

minar o paradeiro dos restos mortais dos desaparecidos, e se possível, entregá-los aos seus familiares para sepultamento de acordo com suas crenças. Cumpre esclarecer que nossa análise se restringe a essas medidas especificamente, excluindo-se, por exemplo, as medidas de reparação de natureza indenizatória.

Para respondê-la, seguiremos este percurso. Na primeira seção, fazemos uma contextualização dos desaparecimentos forçados na América Latina, e na segunda, apresentamos resumidamente os casos selecionados da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que Brasil ou Colômbia foram considerados responsáveis por desaparecimentos forçados. Na terceira seção, passamos ao referencial teórico adotados pela pesquisa, que servirá de subsídio para interpretar os dados coletados na segunda seção. Na parte final, fazemos considerações sobre os fatores capazes de explicar o total descumprimento das medidas de reparação nos casos pesquisados.

## 1. Desaparecimentos forçados: uma prática sistemática das ditaduras latino-americanas

65. A esse respeito, tribunais nacionais da Argentina, Chile e Espanha, entre outros, que iniciaram causas penais contra pessoas envolvidas na *Operação Condor*, caracterizaram o desenvolvimento da mesma em termos similares. Por exemplo, esta operação foi qualificada como uma “relação ilegítima estabelecida entre governos e serviços de inteligência” dos distintos países, distinta de outros fenômenos de perseguição política colocados em prática no continente nas décadas de 1970 e 1980, em razão do elemento da cooperação que existia entre aqueles, o que lhes permitiu “realizar operações de inteligência e militares fora da competência territorial”. Além disso, esta “organização delinquente [...] fomentada pelas próprias estruturas institucionais” tinha por finalidade “alcançar uma série de objetivos político-econômicos que reafirmassem as bases da conspiração e conseguir instaurar o terror nos cidadãos”. Nesse sentido, considerou-se a Operação Condor como “uma espécie de ‘internacional do terror’ [ou uma] ação criminal terrorista organizada e coordenada no interior e no exterior”. Inclusive, afirmou-se que esta “organização criminal político-militar de âmbito internacional” estava dirigida “contra a ordem constitucional de cada um dos Estados membros, ao coordenar ações dirigidas a suprimir e/ou manter a supressão - no território de cada um deles - das instituições representativas, tendo apoiado para isso, de



maneira recíproca, a continuidade de regimes usurpadores [...] sustentada pelo poder exercido por autoridades hierárquicas militares, civis e policiais dos países que teriam integrado a mesma”.

66. A Corte considera que *a preparação e execução da detenção e posterior tortura e desaparecimento das vítimas não teriam podido ocorrer sem as ordens superiores das chefias de polícia, de inteligência e mesmo do Chefe de Estado daquela época, ou sem a colaboração, aquiescência e tolerância, manifestadas em diversas ações realizadas de forma coordenada ou concatenada, de membros das polícias, serviços de inteligência e inclusive diplomatas dos Estados envolvidos*. Os agentes estatais não apenas faltaram gravemente com seus deveres de prevenção e proteção dos direitos das supostas vítimas, consagrados no artigo 1.1 da Convenção Americana, mas utilizaram a investidura oficial e recursos outorgados pelo Estado para cometer as violações. Como Estado, suas instituições, mecanismos e poderes deveriam funcionar como garantia de proteção contra a ação criminal de seus agentes. Não obstante, verificou-se uma instrumentalização do poder estatal como meio e recurso para cometer a violação dos direitos que deveriam respeitar e garantir, executada mediante a colaboração interestatal indicada. Isto é, *o Estado se constituiu em fator principal dos graves crimes cometidos, configurando-se uma clara situação de “terrorismo de Estado”*.<sup>3</sup> (grifamos)

*Desaparecimentos forçados e América Latina* são expressões que possuem forte identificação. Embora trate-se de uma prática disseminada por todo o mundo<sup>4</sup>, a forma sistemática como foi empregada pelas ditaduras no continente especialmente a partir da década de 1960 nos permitem caracterizar essa violação como um *problema latino-americano* (SARKIN, 2013, p. 393; VERMEULEN, 2013; BURGORGUE-LARSEN, 2011; TAVARES, 2011).

Os desaparecimentos forçados eram parte de uma política de Estado (SARKIN, 2013, p. 394): movidos pela chamada “doutrina da segurança nacional”, os desaparecimentos foram um instrumento recorrente usado pelos governos autoritários para (a) exterminar – literalmente – indivíduos ou grupos oposicio-

3 CorteIDH, Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai; Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 22 de setembro de 2006, Series C No. 153, §§65 e 66.

4 Segundo relatório anual de 2016 do Grupo de Trabalho para Desaparecimentos Forçados e Involuntários, do Conselho de Direito Humanos das Nações Unidas, o número de casos em aberto é de 44.159 referentes a 91 Estados, (United Nations Human Rights Council, 2016, p.1).

nistas, considerados “subversivos” ou com qualquer relação com o comunismo (BURGORGUE-LARSEN, 2011), e (b) espalhar uma cultura de terror e medo na sociedade, com o objetivo de coibir outros críticos ou dissidentes ao regime, promovendo um verdadeiro “terrorismo de Estado” (BERMAN & CLARK, 1982), como conclui a Corte Interamericana de Direitos Humanos no paradigmático Caso Goiburú, em que discutiu-se a Operação Condor – uma cooperação secreta transnacional entre as ditaduras argentina, boliviana, brasileira, chilena, paraguaia e uruguaia conduzida para capturar opositores políticos aos regimes de exceção desses países.

Por conta dessa trágica associação, os desaparecimentos forçados remontam às razões da criação da Corte Interamericana, ou melhor, em meio a tantas violações de direitos humanos no continente, podemos afirmar que os desaparecimentos forçados despontavam como um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo Tribunal, especialmente em razão da ineficiência das jurisdições domésticas em responsabilizar os agentes estatais envolvidos. Não foi por acaso que os três primeiros casos contenciosos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos eram sobre desaparecimentos forçados<sup>5</sup>, mesmo sem que o Pacto de San José da Costa Rica dispusesse especificamente sobre o tema (BURGORGUE-LARSEN, 2011, p. 300).

O primeiro documento interamericano a tratar do assunto é a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas<sup>6</sup>, que estabelece no artigo 2º que

*entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.*

5 CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4; CorteIDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Mérito. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Serie C No. 5; CorteIDH. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Mérito. Sentença de 15 de março de 1989. Serie C No. 6.

6 Internalizado na ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016.

Quatro são os elementos essenciais desse conceito: (a) a privação de liberdade de um ou mais indivíduos; (b) praticada por agentes estatais – como policiais, membros das forças armadas ou de serviços de inteligência – ou cometida por particulares com o conhecimento ou consentimento do Estado; (c) subsequente recusa em informar o paradeiro da pessoa mantida em custódia aos seus familiares e à sociedade em geral; (d) a impossibilidade do detido reclamar e exercer seus direitos e garantias processuais (KALIN & KUNZLI, 2009, pp. 339-340).

Mesmo antes desta convenção, adotada em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994, a jurisprudência da Corte Interamericana já considerava o desaparecimento forçado como uma violação múltipla e continuada de direitos humanos. Desde o caso *Velásquez Rodríguez*<sup>7</sup>, em 1988, a CorteIDH listava três direitos violados por essa prática: a privação de liberdade, que ocorre com o sequestro do indivíduo, violando o art. 7º da Convenção; o isolamento prolongado e a incomunicabilidade do detido, geralmente acompanhados de torturas das mais variadas espécies, que configura violação do direito a tratamento humano e à integridade física, mental e moral, garantidos no art. 5º da Convenção; geralmente seguida da execução extrajudicial do indivíduo, sem que lhe seja respeitado qualquer garantia judicial; posterior ocultamento do cadáver e destruição dos restos mortais, de modo a impedir qualquer investigação e responsabilização dos agente envolvidos, o que representa evidente violação do direito à vida, resguardado pelo art. 4, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos (BURGORGUE-LARSEN, 2011, p. 301).

A complexidade da violação também se reflete na pluralidade de vítimas. Não estamos a falar apenas dos direitos dos desaparecidos, mas também dos familiares dos desaparecidos, que passam a vivenciar uma situação de patente insegurança e incerteza jurídica, a viver na vã esperança de encontrar seus entes queridos, sem saber o que lhes passou, como morreram, quando e quem os matou, ou que destinação foi dada a seus restos mortais. Por conta dessa incerteza, é frequente que os familiares enfrentem problemas de ordem sucessória e previdenciária, especialmente quando o desaparecido era responsável pelo sustento do lar. Este cenário implica na violação do direito a tratamento humano,

---

7 CorteIDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4, §§ 155-157.

assegurado no art. 5º da Convenção. A primeira oportunidade em que a CorteIDH reconhece os familiares como vítimas é no caso *Blake v. Guatemala*.<sup>8</sup>

Outro ponto a ressaltar é o caráter continuado ou permanente das violações decorrentes do desaparecimento forçado. A Corte considera que a violação inicia com o sequestro do indivíduo e a falta de informação sobre o seu destino e sua execução permanece em curso enquanto os autores continuarem a esconder o paradeiro das vítimas, ou enquanto não esclarecerem as circunstâncias em que se deu o desaparecimento<sup>9</sup>. O fato de ser considerada uma violação permanente permite que a CorteIDH aprecie desaparecimentos iniciados antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Estado-Parte, desde que o indivíduo continue desaparecido no momento do reconhecimento da competência do Tribunal Interamericano, o que acaba por afastar a eventual alegação de incompetência temporal da Corte, como no *Caso Gomes Lund*<sup>10</sup>.

É também a partir do caso *Goiburú* que a CorteIDH passa a considerar que a proibição dos desaparecimentos forçados tem status de *jus cogens*, devido a gravidade das ofensas e a natureza dos direitos ofendidos. Por violarem normas internacionais inderrogáveis, exigem meios, instrumentos e mecanismos nacionais e internacionais para a persecução efetiva de tais condutas e a punição de seus autores, com o fim de preveni-las e evitar que permaneçam na impunidade.<sup>11</sup>

No mais recente desenvolvimento da jurisprudência sobre a matéria, no julgamento do caso *Anzualdo Castro*<sup>12</sup>, em 2009, o Tribunal Interamericano reconheceu que o desaparecimento forçado também viola o direito à personalidade

---

8 CorteIDH, *Caso Blake v. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Series C No. 36.

9 CorteIDH, *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai*; Mérito, *Reparações e Custas*, Sentença de 22 de setembro de 2006, Series C No. 153, §83

10 CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Exceções preliminares, Mérito, *Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, § 17.

11 CorteIDH, *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai*; Mérito, *Reparações e Custas*, Sentença de 22 de setembro de 2006, Series C No. 153, §§ 84,93,128 e 131; CorteIDH, *Caso La Cantuta v. Peru*. Mérito, *Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Series C No. 162, § 157; CorteIDH, *Caso Tiu Tojín v. Guatemala*. Mérito, *Reparações e Custas*, Sentença de 26 de novembro de 2008. Series C No. 190, § 91.

12 CorteIDH, *Caso Anzualdo-Castro v. Peru*. Exceções preliminares, Mérito, *Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Series C no. 202, §101.

jurídica, garantido no art. 3º, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Levando em conta a complexa e múltipla natureza desta violação, a Corte mudou seu entendimento anterior e passou a admitir que o desaparecimento forçado (a) constitui a forma mais grave de colocar uma pessoa à margem da proteção legal; (b) põe a pessoa desaparecida num limbo, numa situação de incerteza jurídica perante a sociedade, o estado e a comunidade internacional; (c) além de impedir que o desaparecido exerça seus demais direitos (CITRONI, 2015, p. 391).

## 2. Casos de desaparecimentos forçados em Brasil e Colômbia julgados pela CorteIDH

Desde sua instalação, em 1979, até a coleta dos dados para esta pesquisa, em 25 de novembro de 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou estados em 209 casos contenciosos<sup>13</sup>. Desse universo, temos 17 casos colombianos e seis brasileiros. Se isolarmos os relacionados a desaparecimentos forçados, identificamos seis casos, sendo cinco colombianos – Caballero Delgado, 19 comerciantes, Masacre de Mapiripán, Masacre de Pueblo Bello, e Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) – e um brasileiro – Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”). A seguir apresentamos brevemente os casos estudados, dispostos em ordem cronológica a contar da data da sentença de mérito da CorteIDH, destacando os principais fatos provados; a medida especificamente determinada para reparar o desaparecimento forçado; e as providências tomadas pelo Estado para cumpri-las, de acordo com o que extraímos das resoluções de cumprimento de sentença. A pesquisa empírica foi feita sobre o material disponível no site da CorteIDH até 25 de novembro de 2016.

O caso *Callabero Delgado y Santana vs. Colômbia* recebeu sentença de mérito em 08 de dezembro de 1995 e condenou o Estado colombiano pelo desaparecimento forçado de Isidro Caballero Delgado e Maria del Carmen Santana, no município de San Alberto, em 7 de fevereiro de 1989<sup>14</sup>. A Corte concluiu que o

13 Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>.

14 CorteIDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colômbia. Mérito. Sentença de 8 de dezembro de 1995. Serie C No. 22.

casal foi capturado por uma patrulha militar do Exército, com a colaboração de alguns civis, em razão da participação ativa de Isidro como dirigente sindical há 11 anos. A Colômbia foi responsabilizada pela violação dos direitos à vida e integridade pessoal, prescritos nos art. 7 e 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pela captura ilegal e morte presumida das vítimas. Em 29 de janeiro de 1997, a CorteIDH expediu sentença de reparação e custas, determinando uma série de medidas de reparação, dentre as quais, que o Estado colombiano continuasse os esforços para localizar os restos mortais das vítimas e entregá-los aos seus familiares<sup>15</sup>.

Até o presente, a Corte editou seis supervisões de cumprimento de sentença, sendo a primeira em 2002 e a última em 2012. A partir de 2008, o Estado informa a realização de novas prospecções, todas sem sucesso, em diferentes localidades. As manifestações dos representantes das vítimas e da Comissão consideram que as iniciativas falharam por falta de planejamento estratégico e organização, e pedem maior participação dos familiares das vítimas; é recorrente a reclamação que o Estado apresente um plano de buscas específico para o caso, dividido em etapas, e que fosse utilizado como parâmetro o “Plan Nacional de Búsqueda” elaborado pela Comissão Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas. A Corte reconhece a importância das prospecções realizadas pelo Estado, mas considera necessário que novas diligências sejam precedidas de planejamento estratégico das tarefas de localização dos restos, com a participação dos interessados<sup>16</sup>. A situação não muda na última supervisão de cumprimento de sentença realizada em 27 de fevereiro de 2012. Àquela altura, o Estado realizara duas prospecções, nas fazendas Rivelandia e Bombay, no município de San Alberto Cesar, ambas sem sucesso. A Corte considera descumprida a medida de reparação de busca e localização dos restos mortais, enfatiza a necessidade de planejamento das tarefas que envolvam novas prospecções, levando em conta as tentativas já realizadas, as provas contidas nos autos e as observações dos representantes das vítimas<sup>17</sup>; e mantém em aberto a

---

15 CorteIDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colômbia. Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Serie C No. 31, § 66.4.

16 CorteIDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 6 fevereiro de 2008, §§ 25-28.

17 CorteIDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 27 de fevereiro de 2012, §22.

supervisão referente a essa medida, juntamente com a obrigação de investigação, processamento e eventual sanção dos responsáveis pelo desaparecimento forçado e morte presumida das vítimas<sup>18</sup>.

No caso *19 comerciantes vs. Colômbia*, o Estado Colombiano foi considerado responsável pelo desaparecimento forçado e morte de 19 comerciantes em 6 e 18 de outubro de 1987, no município de Puerto Boyacá, executada por grupo paramilitar com apoio e autoria intelectual de oficiais do Exército Colombiano. Em 05 de julho de 2004, a CorteIDH concluiu que a Colômbia violou os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal e à vida em prejuízo das 19 vítimas que se dedicavam a atividades comerciais, como transporte de pessoas e mercadorias, compra de mercadorias na fronteira com a Venezuela e venda nas cidades de Bucaramanga, Medellín e intermediárias. A sentença definiu, dentre outras medidas de reparação, que “o Estado deve efetuar, em um prazo razoável, uma busca séria, na qual se realize todos os esforços possíveis para determinar com certeza o ocorrido com os restos das vítimas e, caso possível, entrega-los a seus familiares”.<sup>19</sup>

A Corte editou sete resoluções de supervisão de cumprimento sobre o caso 19 comerciantes, a primeiro em 2006 e a última em 2016. Nas três resoluções de supervisão de cumprimento emitidas até 2009, o Estado não apresentou avanços significativos no cumprimento da medida estudada, chegando a informar que não teria promovido escavações porque não contaria com recursos para fazê-lo<sup>20</sup>. Apenas na supervisão de 8 de julho de 2009, o Estado colombiano informou que solicitou ao Corpo Técnico de Investigação da Fiscalia a designação de uma equipe especial e exclusivamente dedicada a planejar a busca e que estava avançando na elaboração do plano, com a participação dos representantes das vítimas, que propuseram que o plano de busca elaborado

---

18 CorteIDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 27 de fevereiro de 2012, declaração § 2.

19 CorteIDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 5 de julho de 2004. Serie C No. 109, ponto resolutivo nº 6.

20 CorteIDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 10 julho de 2007, vistos 6.b.

pela Equipe Colombiana Interdisciplinar de Trabalho Forense e Assistência Psicossocial (EQUITAS).<sup>21</sup>

Na supervisão de cumprimento de 26 de junho de 2012 o Estado apresentou um plano de busca, elaborado pela Centro Único Virtual de Identificação, consistente em quatro etapas: 1. reunião de informação; 2. análise e verificação de informação; 3. recuperação, estudo técnico científico e identificação e 4. destino final dos restos mortais. Até aquele momento, o Estado concluíra apenas a primeira etapa, e iria iniciar a segunda. Os representantes das vítimas informaram que não havia qualquer avanço significativo desde outubro de 2010. A Corte valorou a elaboração do plano mas manifestou preocupação porque, após oito anos da notificação da sentença, o Estado ainda estava na primeira etapa do planejamento, sem nenhum resultado significativo, pelo que concluiu que o Estado não cumpriu a medida ordenada no ponto resolutivo nº 6, de realizar “todos os esforços possíveis para determinar com certeza o ocorrido com os restos das vítimas”, e manteve aberta a supervisão desta medida.<sup>22</sup> A supervisão de 2016 não trata sobre essa medida de reparação.<sup>23</sup>

O caso *Masacre de Mapiripán vs. Colômbia*<sup>24</sup> recebeu sentença de mérito em 15 de setembro de 2005 e condenou o Estado colombiano pelo massacre ocorrido no município de Mapiripán executado por membros do grupo paramilitar “Autodefensas Unidas de Colombia” (AUC). A CorteIDH concluiu que os paramilitares aterrissavam no aeroporto de San José de Guaviare em voos irregulares, prenderam, torturaram e assassinaram aproximadamente 49 civis entre os dias 15 e 20 de julho de 1997, tudo com aquiescência de agentes estatais. O Estado foi responsabilizado pelo ocorrido em virtude de ações e omissões de seus agentes e de particulares realizados de modo a perpetrar o massacre; pela violação dos direitos à liberdade pessoal, à integridade física e à vida, previstos nos art. 4, 5 e 7 da Convenção Americana, devido aos atos de privação de liberdade, tortura e assassinato, bem como em relação ao art. 19 e 22, por não haver

21 CorteIDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 8 de julho de 2009, §22.

22 CorteIDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 26 de junho de 2012, §18-19 e 23, declaração 1.b.

23 CorteIDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de junho de 2016.

24 CorteIDH. Caso “Masacre de Mapiripán” Vs. Colômbia. Sentença de 15 de setembro de 2005. Serie C No. 134.



protegido as crianças antes e depois do massacre e ter infringido o direito de circulação e de residência dos habitantes do município supracitado. A CorteIDH determinou uma série de medidas de reparação, dentre as quais se destaca a localização dos restos das vítimas desaparecidas e individualização e identificação de seus familiares (ponto resolutivo nº 8) <sup>25</sup>, além da criação de um mecanismo oficial de seguimento do cumprimento das reparações ordenadas.

A Corte editou duas supervisões de cumprimento de sentença no caso Mapiripán. Na primeira, o Estado informou a criação do mecanismo oficial de cumprimento, denominado M.O.S. Mapiripán, responsável pela identificação das vítimas. No âmbito do M.O.S., definiu o texto da publicação utilizada para localização dos familiares, os meios de comunicação a serem utilizados no rádio, imprensa escrita e televisão e as datas de veiculação. Até 2009, 23 pessoas se apresentaram como familiares de vítimas, dez das quais haviam sido admitidas no rol de vítimas, restando as demais pendente de verificação. <sup>26</sup> O Estado informou ainda a realização de 84 diligências de exumações no âmbito da *Ley de Justicia y Paz*, sem resultados até aquele momento. A Corte valorou positivamente as atividades desenvolvidas, e considerou, do ponto de vista formal-procedimental, parcialmente cumpridas as obrigações tendentes a localizar os familiares das vítimas, através da publicação de convocações nos meios de comunicação, porém julgou que os resultados das exumações ainda eram insuficientes levando em consideração o grande número de vítimas desaparecidas. <sup>27</sup>

Na segunda supervisão, o Estado contestou a condição de algumas pessoas como vítimas, alegando que seis pessoas incluídas como vítimas na sentença pela Corte não tinham esta condição na realidade. A Colômbia requereu a revisão da sentença, o que foi negado pela Corte. A Corte aduz que essas informações apenas fazem parte de uma investigação a nível interno que ainda não chegou a conclusões definitivas, cabendo ao Estado continuar com o seu

---

25 Ibid., §305.

26 CorteIDH. Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 8 de julho de 2009, § 45.

27 CorteIDH. Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 8 de julho de 2009, § 49.

desenvolvimento e decidiu manter aberta a supervisão relativa a essa medida de identificação das vítimas<sup>28</sup>.

O caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colômbia* recebeu sentença de mérito em 31 de janeiro de 2006 e condenou o Estado colombiano pelo desaparecimento forçado e execução extrajudicial de um grupo de pessoas (37 desaparecidas e seis executadas) da população de Pueblo Bello, ocorrido entre os dias 13 e 14 de janeiro de 1990. A Corte concluiu que um grupo de aproximadamente 60 homens armados, integrantes de um grupo paramilitar, chegou a Pueblo Bello, saqueou residências, sequestrou e assassinou pessoas. O Estado colombiano foi responsabilizado pela violação do direito à vida, integridade pessoal, à liberdade, às garantias judiciais e proteção judicial, prescritos nos art. 4, 5, 7, 8 e 25 da Convenção Americana, respectivamente, pela captura ilegal e suposta morte das vítimas. Diante das alegadas violações, a CorteIDH determinou diversas medidas de reparação, destacando-se a adoção de meios para buscar e identificar as vítimas desaparecidas, empregando todos os meios técnicos e científicos possíveis, tomando em conta as normas internacionais pertinentes, e entregar os restos mortais aos familiares destas e custear as despesas com o sepultamento (ponto resolutivo nº 9) <sup>29</sup>.

Para verificar o cumprimento de tais medidas, a Corte editou duas supervisões de cumprimento de sentença, sendo a primeira em 2009 e a última em 2012. Dentre os casos colombianos, Pueblo Bello parece ser aquele em que o Estado envidou maiores esforços para dar cumprimento à medida determinada pelo CorteIDH. Na resolução de 2009, o Estado realizou as seguintes diligências: coleta de DNA; tomada de depoimentos, elaboração de álbuns fotográficos; inspeções judiciais; prospecções na fazenda “Las Tangas” – onde escavou-se 643 poços, entre os 14 e 22 de agosto de 2007, conduzida por grupo de criminalística interdisciplinar, acompanhado por peritos indicados pelos representantes das vítimas – e levantamento de planos fotográficos; exumação de seis pessoas sepultadas no cemitério de Pueblo Bello, que não foram identificadas como vítimas; reuniões com os representantes; e relatórios sobre as amostras e

---

28 CorteIDH. Caso *Masacre de Mapiripán Vs. Colômbia*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2012.

29 CorteIDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Serie C No. 140, § 270.

processamento do DNA<sup>30</sup>. Os familiares das vítimas insistem que as diligências tocadas pelo Estado no processo de busca e identificação dos desaparecidos não incorporaram as recomendações do Protocolo das Nações Unidas, tampouco aqueles contidas no Plano Nacional de Busca, elaborado pela Comissão de Busca de Pessoas Desaparecidas da Colômbia.<sup>31</sup>

A Corte valorizou as diligências conduzidas pela Estado, mas as considerou insuficientes, tendo em vista os poucos resultados apresentados, pelo que manteve a medida em aberto e reforçou que cumprimento desta obrigação impõe ao Estado o dever de recorrer a todos os métodos técnicos e científicos possíveis, levando em conta as normas estabelecidas no Manual das Nações Unidas sobre a Prevenção e Investigações Eficazes em Matéria de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias, assim como o Informe do Secretario Geral sobre direitos humanos e ciência forense apresentado em conformidade com a Resolução nº 1992/24, da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social da ONU<sup>32</sup>. A supervisão de 2012 não trata da medida de reparação sobre os desaparecimentos forçados.

No caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, houve sentença de mérito em 24 de novembro de 2010 que condenou o Estado brasileiro pelos desaparecimentos forçados, detenção arbitrária e tortura de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista Brasileiro e camponeses da região durante os anos 1972 e 1975, na Amazônia brasileira, contra a ditadura cívico-militar implantada após o golpe contra o Presidente João Goulart, em 1964<sup>33</sup>. Nesta sentença, a CorteIDH chegou à conclusão que o Brasil foi responsável pela violação dos seguintes direitos: à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à proteção e garantias judiciais.

Dentre as medidas de reparação definidas pela Corte, destaca-se, como nos casos colombianos, a realização de todos os esforços para determinar o para-

---

30 CorteIDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 9 de julho de 2009, §§19-20

31 *ibid.*, §21.

32 *ibid.*, §23.

33 CorteIDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219.

deiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais aos seus familiares (ponto resolutivo nº 10).<sup>34</sup>

Depois de intimado pela Corte, o Brasil transformou o então Grupo de Trabalho Tocantins em Grupo de Trabalho Araguaia<sup>35</sup>, com a finalidade “de coordenar e executar, conforme padrões de metodologia científica adequada, as atividades necessárias para a localização, recolhimento, sistematização de todas as informações existentes e identificação dos restos mortais dos desaparecidos políticos na Guerrilha do Araguaia”, e que tinha a coordenação compartilhada pelo Ministério da Defesa, Ministério da Justiça e pela Secretaria de Direitos Humanos.

Em março de 2013, o Grupo de Trabalho Memória e Verdade do Ministério Público Federal (MPF) publicou relatório parcial avaliando os trabalhos do GTA, apontando uma série de problemas, entre os quais destaca-se, (a) a paralisia decisória decorrente da coordenação compartilhada entre três estruturas governamentais; (b) os altos gastos diretos com buscas pelos restos mortais, totalizando R\$ 6,4 milhões, entre 2009 e 2011, sem produzir resultados significativos; (c) o excessivo contingente militar envolvido nas expedições, contando com a participação de oficiais de alta patente, o que de certa maneira intimidava a população local e dificultava a obtenção de informações que pudessem levar à localização dos restos mortais; (d) a falta de profissionais com experiência e dotados de metodologia adequada para trabalhos investigativos. Dentre outros pontos, o MPF recomenda que a centralização da coordenação do GTA na Secretaria de Direitos Humanos, para conferir maior agilidade e independência aos trabalhos.

Em manifestação em janeiro de 2014, no curso de ação judicial movida por Julia Gomes Lund e outros contra a União, na Justiça Federal brasileira<sup>36</sup>, o Ministério Público Federal reforça as críticas contidas no relatório mencionado acima e sugere que seria preferível a suspensão das expedições à região do Araguaia do que a manutenção da sistemática adotada pelo governo brasileiro. O juiz federal encampa parte das recomendações do MPF e determina a revisão

34 Ibid., §§261-263; 325.10.

35 Através da Portaria Interministerial nº 01/MD/MJ/SDH-PR, de 5 de maio de 2011, publicada no Diário Oficial da União em 6 de maio de 2011.

36 Processo nº 82.00.24682-5, em trâmite na 1ª Vara Federal de Brasília, TRF 1ª Região.

do modelo de funcionamento do GTA, o que é cumprido através da Portaria Interministerial nº 1.540, de 8 de setembro de 2014.

Muito embora não se possa aferir se a mudança no arranjo institucional permitiu avançar no cumprimento da medida de reparação determinada pela CorteIDH, é possível afirmar que a estrutura inicialmente escolhida pelo governo brasileiro funcionava como um impedimento ao cumprimento da decisão internacional, evidenciando uma debilidade da capacidade gerencial do Estado (HAWKINS & JACOBY, 2010, p. 84).

Não se pode ignorar o papel que os militares desempenham nesse arranjo, funcionando como um relevante empecilho ao cumprimento das decisões da Corte Interamericana. Além da interferência gerencial observada coordenação do GTA e da problemática participação nas expedições ao Araguaia – que podem ser classificados como fatores institucionais – existem fatores externos relacionados a participação das forças armadas que dificultam o processo de reconciliação e promoção da verdade, como, por exemplo, o homicídio do Coronel Paulo Malhães,<sup>37</sup> ocorrido um mês depois de confessar, em depoimento prestado à Comissão Nacional da Verdade, seu envolvimento em torturas, mortes e ocultação de corpos de vítimas da ditadura brasileira, detalhando como os corpos das vítimas eram dilacerados e jogados no rio para evitar a identificação.

Há apenas uma supervisão de cumprimento de sentença sobre o caso Gomes Lund, editada em 17 de outubro de 2014, na qual o Estado informa a atuação do Grupo de Trabalho Araguaia<sup>38</sup> (GTA) que está sob a coordenação dos Ministérios de Defesa, de Justiça e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, juntamente com o acompanhamento do Presidente da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos. A Corte reconhece que o Estado determinou diversas ações visando o cumprimento desta medida de reparação por meio do GTA e as avalia positivamente, como a realização e expedições de busca, escavações, exumações de restos mortais e submissão de testes de DNA

---

37 Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/04/1445454-coronel-paulo-malhaes-que-assumiu-torturas-e-encontrado-morto-no-rio.shtml>>. Acesso em 10 de março de 2017.

38 A atuação deste grupo é acompanhada pelo Ministério Público Federal e tem “o fim de coordenar e executar as atividades necessárias para localização, recolhimento, sistematização de todas as informações existentes e identificação dos corpos das pessoas mortas na Guerrilha do Araguaia”, in: CorteIDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de outubro de 2014, § 25.

(§ 29). Contudo, entende que esses esforços ainda não levaram à localização das vítimas, nem mesmo à identificação destas. Além dos apontados pelo próprio Estado, representantes e Comissão, vários obstáculos foram identificados pela CorteIDH, tais como a participação de um grande contingente de militares – inclusive de alta patente – nas expedições ao Araguaia, o que pode ser visto como uma forma de intimidação à população local, cuja percepção sobre as forças armadas inegavelmente é influenciada pelo ocorrido durante as operações militares desenvolvidas para reprimir a guerrilha. Deste modo, a presença de efetivo militar na região, sob a justificativa de fornecer apoio logístico às expedições, pode ter comprometido o resultado das buscas, que dependem em grande medida de informações que a população local se sentiu inibida em fornecer.

Dessa maneira, a Corte considera que a medida se encontra pendente de cumprimento, e solicita que o Estado brasileiro continue implementando todos os esforços necessários para identificação das vítimas e, se possível, entregue os restos mortais aos familiares. Além disso, requer informações detalhadas e atualizadas no próximo relatório sobre as medidas adotadas, porém, não houve nova supervisão de cumprimento até a presente data.

No caso *Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia)*, em sentença de 14 de novembro de 2014, a CorteIDH concluiu que a Colômbia foi responsável pelo desaparecimento forçado de 12 pessoas – uma delas encontrada em 2001, ocorridas no contexto dos acontecimentos conhecidos como tomada e retomada do Palácio de Justiça, em Bogotá, nos dias 6 e 7 de novembro de 1985. Como medida de reparação, determinou, dentre outras, que o Estado efetue, com a maior brevidade possível, uma busca rigorosa, na qual realize todos os esforços para determinar o paradeiro das 11 vítimas ainda desaparecidas (ponto resolutivo nº 21) <sup>39</sup>. A resolução de supervisão de cumprimento desta sentença emitida em fevereiro de 2017 trata sobre a medida de indenização das vítimas e seus familiares, mas não cuida daquelas determinadas para encontrar os corpos desaparecidos.

\*\*\*

---

39 CorteIDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Serie C No. 287.

A observação das medidas de reparação definidas pela Corte em suas sentenças já nos permite enfrentar o primeiro objetivo deste trabalho, qual seja, identificar que tipo de medidas de reparação a CorteIDH costuma determinar em casos de desaparecimentos forçados. É possível notar um traço característico em todos os seis casos estudados, distribuídos em um período compreendido entre 1995 e 2014 - mesmo com as ressalvas devidas à pequena amostra. As medidas impostas pela Corte com o objetivo de reparar desaparecimentos forçados sempre impõem ao Estado violador obrigações de meio, e não de resultado. Em nenhum caso a Corte determina que o Estado *encontre* os restos mortais das vítimas desaparecidas<sup>40</sup>. Em vez disso, as sentenças obrigam os Estados a empreender “buscas sérias”, em prazo razoável, em que realizem “todos os esforços possíveis para determinar o ocorrido com as vítimas”, “empregando todos os meios técnicos e científicos possíveis”, e caso possível, entregá-los a seus familiares. Deve-se recordar que essas medidas de reparação são acompanhadas por outras, tais como, indenizar os familiares das vítimas; realizar investigações efetivas e responsabilizar os agentes violadores, se for o caso; oferecer tratamento médico e psicológico às vítimas.

Apesar da generalidade dessa ordem é recorrente que a Corte estabeleça, especialmente nas resoluções de cumprimento de sentença, que as buscas sejam feitas de acordo com instrumentos de *soft law*, como o Manual da ONU para prevenção e investigações eficazes contra execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias, assim como a Resolução nº 1992/24 da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social da ONU. Essas referências surgem quando os representantes das vítimas reclamam do método (ou da ausência de) utilizado pelo Estado no cumprimento da medida de reparação. Sobre esse ponto, também são frequentes, nos casos colombianos, as referências ao Plano Nacional de Buscas elaborado pela Comissão Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas. E a Corte costuma referendar tais reclamações, recomendando que os Estados observem os protocolos internacionais e nacionais sobre a investigação de desaparecimentos, em vez que elaborar um standard regional de

---

40 No sentido oposto, temos a sentença do Tribunal Regional Federal da 1ª Região de Brasília, no processo nº 82.00.24682-5, que impõe ao Estado uma obrigação de resultado, e não de meio, ao determinar que a União “no prazo de 120 cento e vinte dias informe a este juízo onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores mortos na Guerrilha do Araguaia bem como para que proceda ao traslado das ossadas o sepultamento destas em local a ser indicado pelos autores fornecendo-lhes ainda as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito.”

prevenção e proteção desaparecimentos forçados, sem adentrar, contudo, no conteúdo desses documentos.

As dificuldades de avaliar o cumprimento das medidas de reparação nos casos de desaparecimento forçado decorrem, em alguma medida, da natureza desse tipo de obrigação, questão que desenvolvemos na seção seguinte.

### 3. Como se dá o cumprimento parcial das obrigações de meio?

A clássica doutrina de direito civil brasileiro já classificava as obrigações jurídicas quanto ao fim a que se destinam, podendo uma obrigação ser considerada de meio ou de resultado. Segundo Orlando Gomes,

impõe-se a distinção entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado. Correspondem as primeiras a uma atividade concreta do devedor por meio da qual faz o possível para cumpri-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido. (GOMES, 2008, pp. 24-25)

A CorteIDH expressou posicionamento sobre o tema em sua jurisprudência, afirmando que algumas obrigações positivas por ela determinadas assumem natureza de meio e não de resultado<sup>41</sup>. Diversas são as medidas de reparação inferidas nas sentenças interamericanas de mérito, cujos propósitos podem ser diferenciados em medidas de restituição, garantias de não repetição ou mesmo de satisfação, conforme elucidada este tribunal em suas sentenças. No entanto, vale ressaltar que a Corte não generaliza todas estas como obrigação de meio, mas apenas algumas obrigações positivas, como por exemplo, o dever de investigar os fatos em determinado caso, devido se tratar de uma medida de que não espera um resultado predeterminado ou concreto, mas que o Estado providencie meios capazes de alcançar determinado resultado.

Nota-se que a investigação dos fatos é imprescindível para determinação do paradeiro das vítimas, pois somente com a aproximação da realidade será melhor desenvolvido os trabalhos de busca por meio das informações obtidas.

---

41 Essa afirmação pode ser encontrada no caso *Gomes Lund vs Brasil* (§ 138) e *Vélez Restrepo vs. Colômbia* (§ 247).



Estudiosos divergem, contudo, quanto à natureza dessas obrigações positivas. Há quem afirme que se trata de obrigação de meio e outros, de resultado. Galdámez Zelada (2007) aponta que a CorteIDH costuma “examinar a responsabilidade dos Estados com base em resultados e não em meios”. De outro lado, Montoya Céspedes (2014) defende que as obrigações positivas advindas do tribunal interamericano são, em geral, de meio ao inferir que estas se prestam a uma análise com fundamento em indicadores. Fundamenta essa conclusão, inicialmente, indicando que as obrigações de meio não exigem um compromisso com o resultado da pretensão, além de apontar três razões principais decorrentes da jurisprudência da Corte de San José.

A primeira razão é baseada na afirmação da CorteIDH que as obrigações positivas não podem significar uma carga impossível ou desproporcionada para o Estado<sup>42</sup>, pois, por exemplo, no que se refere ao dever de investigação, analisa-se que muitas vezes os fatos ocorreram anos atrás, cujas provas foram deterioradas ou mesmo extintas, além de que envolve uma série de fatores complexos para a efetivação deste. Esta proporcionalidade somente se estabelece ao verificar-se as obrigações positivas, pois seria inviável ter o mesmo entendimento para as obrigações negativas. No caso dos desaparecimentos forçados, por exemplo, não se pode ignorar que agentes estatais podem, efetivamente, ter promovido o desaparecimento físico dos corpos, destruindo-os em termos materiais, através das mais diversificadas técnicas registradas na historiografia das ditaduras, como pelo o emprego de substâncias ácidas capazes de dissolver corpos humanos, ou pela alimentação de animais carnívoros, como porcos. O emprego destas técnicas resulta em uma quantidade mínima de matéria orgânica, que pode ser facilmente destruído pelo fogo. Depoimentos prestados à Comissão Nacional da Verdade (CNV) relatam que, eram comuns os chamados “passeios de helicóptero”, com o intuito jogar corpos em alto-mar, quando as torturas resultavam em morte na conhecida Casa Azul, em Marabá/PA, (Sede do DNIT) – aparelho militar utilizado para tortura de cidadãos brasileiros contrários a ditadura militar, capturados pelas operações que reprimiram a Guerrilha do Araguaia<sup>43</sup>.

---

42 O autor aponta como referência as decisões dos casos Xákmok Kásek (§ 188), Massacre de Pueblo Bello (§ 195) e Sawhoyamaya (§ 155).

43 Comissão Nacional da Verdade, 2014, Depoimento do ex-soldado Manuel Messias Guido Ribeiro, disponível em <<https://youtu.be/TkAxeWMgj5A?list=PL9n0M0Ix12jcSXOH7Q5mY8IQiVgmmEs>>, acesso em 10 de janeiro de 2017. A utilização de helicópteros para jogar corpos ao mar não era exclusividade da ditadura militar brasileira; veja, por exemplo, a exposição audiovisual *Los*

A segunda razão refere-se à obrigação positiva da CorteIDH mais recorrente, de investigar, punir e reparar as violações de direitos humanos, a qual indica que não foi formulada para esperar um resultado certo e concreto. Ao contrário, aponta que essas categorias são “orientadas a confirmar se o Estado foi ou não negligente em relação à situação”, logo, estão inseridas numa lógica de meio e não de resultado<sup>44</sup>.

E a terceira razão, o autor destaca que as obrigações de meio são formuladas, muitas vezes, abstratamente, enquanto as de resultado são mais objetivas e precisas.

No caso de desaparecimentos forçados, essas características estão presentes nas medidas de reparação impostas pela Corte, sobretudo no dever de investigar os fatos, identificar e localizar os restos mortais das vítimas. Trata-se de medida de meio, portanto, que não determina esforços impossíveis ao Estado, mas sim os mais factíveis à realização desta obrigação, considerando a capacidade estatal e os fatores que incidem diretamente sobre a investigação.

Se adotarmos os dispositivos das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença como critério definitivo para avaliar o cumprimento das determinações da Corte relacionadas a desaparecimentos forçados, só podemos concluir que o quadro é de total descumprimento das medidas de reparação, uma vez que em *nenhum* dos casos a Corte considerou qualquer medida cumprida, sequer parcialmente. Tal conclusão, contudo, não retrata a complexidade da questão pois pode subestimar o comportamento estatal nesses casos. Isso não significa que os Estados cumpriram as medidas. É preciso reconhecer, contudo, que reduzir a análise a três categorias de avaliação de cumprimento – descumprimento, cumprimento parcial e cumprimento total – como faz a CorteIDH, implica no risco de perder as nuances de um processo complexo.

Neste ponto, levanta-se uma possível contradição por parte da CorteIDH, que precisa ser aprofundada em estudos posteriores. Se “emprender todos os

---

*Durmientes*, de Enrique Ramirez, que relata em um curta-metragem que vítimas, algumas ainda vivas, era atiradas ao mar amarradas em dormentes de ferrovias, por agentes da ditadura chilena; no Museo de la Memoria y de los Derechos Humanos, em Santiago, disponível em <<http://ww3.museodelamemoria.cl/exposiciones/los-durmientes/>>. (RAMÍREZ, 2014).

44 A Corte apontou expressamente, na sentença do caso Luna López, que “o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultados, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera ou como uma mera gestão de interesses próprios” (§ 155). Montoya também referenciou o caso Velásquez Rodríguez (§ 177), nesse sentido.

esforços necessários para encontrar os restos mortais” é uma *obrigação de meio*; não se pode exigir que os estados *encontrem* os corpos para dar cumprimento, ao menos parcial, às medidas de reparação. Não estamos defendendo que Brasil e Colômbia fizeram o suficiente, apenas lembrando que, se a obrigação *não* é de resultado, “fazer escavações, encontrar ossadas, identificar material genético, e entregar os restos a família” não poder ser a única forma de demonstrar cumprimento das medidas. Nos parece, contudo, que os Estados falham porque não apresentam sequer uma metodologia rigorosamente planejada, adequada à tamanha empreitada, e de acordo com os padrões internacionais recomendados pela ONU – como espera expressamente recomenda a CorteIDH nos casos Caballero Delgado, Pueblo Bello e Gomes Lund.

Estaria a Corte esperando um resultado efetivo e concreto (e não um “resultado de meio”) sobre os fatos, com a possível identificação de todas as vítimas e devolução de seus restos mortais aos familiares? Trata-se de uma questão sensível que merece aprofundamentos.

Um exemplo pode esclarecer nosso argumento. Suponha que a Corte determine que o Estado realize uma busca séria, em prazo razoável, empreendendo todos os esforços possíveis para determinar o paradeiro dos restos mortais de vítimas de desaparecimento forçado, e se possível, entregá-los a seus familiares. Agora imagine que o Estado destinatário da ordem pode assumir variadas posturas em relação à tal medida. Vamos trabalhar com duas possibilidades para simplificar o raciocínio: o Estado pode (a) ignorar a decisão de Corte e não fazer nada; ou (b) constituir uma comissão interministerial para dar cumprimento à medida, tomar depoimentos de pessoas envolvidas, organizar e promover expedições de campo, realizar escavações, encontrar ossadas, extrair delas material genético, e ao final, concluir que se tratavam de restos mortais de pessoas estranhas aos acontecimentos do caso. Em ambas as situações, a Corte considera que houve descumprimento da medida, mas é inegável tratar-se de comportamentos bem distintos, embora classificados sob o mesmo tipo. Reconhecemos que os exemplos são exagerados, mas tal como em uma caricatura, eles servem para ressaltar os traços mais chamativos que pudemos observar no estudo de caso. Nos parece necessário que a Corte estabeleça gradações entre esses tipos de comportamento, inclusive para estimular ou permitir que os Estados se afastem da situação de descumprimento absoluto. Ou ao menos para que possamos diferenciar de forma mais objetiva a postura dos estados em relação às ordens expedidas pela CorteIDH.

Pode-se argumentar que, ao considerar as duas posturas exemplificadas acima como descumprimento total, a Corte cria uma espécie de constrangimento internacional aos Estados, que pode ser capaz de incentivá-los a empreender mais esforços para, ao menos, serem promovidos à categoria do cumprimento parcial. Essa estratégia, entretanto, não se repete com as medidas de reparação de natureza pecuniária, que são consideradas parcialmente cumpridas quando o Estado paga apenas uma pequena parte das indenizações devidas.

Nos parece que faltam critérios capazes de avaliar o cumprimento dessas obrigações de meio por parte dos Estados, o que nos permite discutir o papel do dever de devida diligência na jurisprudência da CorteIDH, o que faremos a seguir.

### **3.1. O dever de devida diligência como critério de avaliação do cumprimento das obrigações de meio**

O conteúdo normativo do dever de devida diligência começou a ser desenvolvido pela Corte Interamericana em 1988, no julgamento do caso *Velásquez Rodríguez Vs Honduras*, ao analisar a obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção Americana, disposto no artigo 1.1 deste instrumento. Nesse sentido, o dever de devida diligência é interpretado pela Corte como incluído nas obrigações de prevenir, investigar e punir os crimes de direitos humanos.

Ademais, a interpretação expansiva e sistemática do artigo 1.1 da CADH demonstra que os Estados têm responsabilidade internacional mesmo nos casos em que as violações são praticadas por particulares. Nesses casos, se o Estado não observar dever de devida diligência para impedir que estas ocorram, ele poderá ser responsabilizado (BERNARDES, 2011).

Corroborar-se o exposto por meio do entendimento da CorteIDH sobre o artigo 1.1 da CADH<sup>45</sup>, que dispõe sobre a obrigação de respeitar os direitos, destacando que este serve de fundamento “para determinar se uma violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção pode ser atribuída a um Estado Parte”. Além disso, este tribunal destaca que esta norma

---

45 CorteIDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. § 164.

[...] põe a cargo dos Estados Partes os deveres fundamentais de respeito e de garantia, de tal modo que todo menosprezo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as regras do Direito Internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela mesma Convenção. (§ 164)

No entanto, a Corte demonstra que o artigo em comento não se esgota ao atribuir estas violações somente aos agentes e autoridades públicas, como exposto inicialmente. Revela expressamente que toda vez que o Estado não agir com a devida diligência para prevenir uma violação ou tratá-la nos moldes requeridos pela Convenção, poderá ser responsabilizado, mesmo que um particular ou alguém não identificado tenha sido o autor da prática violadora de direitos humanos. Ou seja, o dever de devida diligência é um vetor de responsabilização em casos de omissão estatal. Assim, o que se coloca em xeque, nessas situações, é verificar se determinada violação ocorreu devido à inobservância estatal dos deveres decorrentes da norma prevista no artigo 1.1 da CAHD, isto é, se tal violação ocorreu, por exemplo, com o apoio ou tolerância do Estado ou se foram dadas oportunidades, por assim dizer, em virtude da ausência de prevenção do poder público ou pela impunidade<sup>46</sup>.

Assim, este dever engloba a obrigação: de prevenir de modo razoável as violações; de investigar seriamente as violações de direitos humanos ocorridas dentro da jurisdição estatal com os meios possíveis, a fim de identificar os responsáveis e impor as sanções pertinentes; e de assegurar reparação adequada à vítima<sup>47</sup>.

Sob essa perspectiva, propomos que o dever de devida diligência deve ser considerado essencial para que um Estado cumpra efetivamente suas obrigações de proteger e garantir os direitos humanos reconhecidos na CADH. A sua utilização está para além de apenas verificar se o Estado teve ou não participação em determinada violação de direitos, pois tem função essencial em momento posterior à violação, podendo, assim, ser utilizado para medir

46 CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. §§. 172 - 173.

47 CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. §. 174.

o grau de cumprimento das obrigações determinadas pelas sentenças da CorteIDH, sobretudo nos casos de desaparecimento forçado. Sobre o tema:

A devida de diligência pode ser utilizada para delinear o que um Estado deve fazer para cumprir suas obrigações de proteger os direitos humanos quando ocorrem violações. O desenvolvimento da devida diligência como padrão para medir o cumprimento pelo Estado da legislação de direitos humanos é altamente significativo porque fornece um quadro para determinar as obrigações mínimas do Estado diante das violações de direitos humanos cometidas por atores não estatais (WAISMAN, 2010, pp. 409, tradução nossa).

Conforme destacado acima, a devida diligência pode ser utilizada como padrão para medir se o Estado está cumprindo suas obrigações decorrentes das violações de direitos humanos, uma vez que dá subsídios para determinar obrigações mínimas ao Estado. Com base nisso, argumenta-se que a partir da indicação dessas obrigações mínimas, decorrente do dever em análise, será possível inferir o grau de cumprimento das obrigações estatais determinadas pela CorteIDH, na medida em que aquelas forem sendo estabelecidas e aplicadas ao caso concreto. A Comissão Interamericana<sup>48</sup>, por exemplo, ao elaborar relatório sobre a questão das indústrias extrativas, povos indígenas e comunidades afrodescendentes, destacou parâmetros (ou obrigações mínimas) a serem observados pelo Estado para que atue com a devida diligência nesses casos:

A partir de las obligaciones generales y el contenido de los derechos humanos más relevantes en materia de proyectos de extracción y desarrollo, la Comisión Interamericana considera que las obligaciones estatales en estos contextos, **de actuar con la debida diligencia necesaria, giran en torno a seis ejes centrales:** (i) el deber de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo, (ii) el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos, (iii) la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales, (iv) el deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información,

---

48 Comissão IDH. Informe. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. 2016. § 65. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>>. Acesso em 16 de abril de 2017.

(v) el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia, y (vi) el deber de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en estos contextos. (grifo nosso)

Considerando esses pressupostos, ao analisar os casos de desaparecimento forçado, defende-se que para que a CorteIDH verifique se a obrigação foi cumprida, seja de modo total ou parcial, deve-se adotar o dever de devida diligência como critério e apontar obrigações mínimas ao cumprimento deste dever.

No âmbito das obrigações de meio, em virtude da problemática já apontada no tópico anterior, se a Corte Interamericana adotasse o dever de devida diligência como critério ao supervisionar o cumprimento das sentenças, poderíamos diminuir o atual problema. Nos casos de desaparecimento forçado, em que há a prevalência de obrigações de meio, deveriam ser adotadas obrigações mínimas ao Estado a fim de verificar se este cumpriu aquela obrigação, sob pena de serem desconsiderados os esforços estatais em cumprir a determinação em apreço, como vem ocorrendo com os casos já abordados.

Ademais, a devida diligência revela o esforço que o Estado deve tomar para cumprir sua responsabilidade de proteger e garantir os direitos humanos, portanto, tais esforços devem ser descritos detalhadamente para que o dever de devida diligência tenha resultados práticos (WAISMAN, 2010). Nesse sentido, não basta que a Corte utilize este dever como critério sem estabelecer obrigações mínimas expressas, pois poder-se-á incorrer no risco de não solucionar o problema de saber quando uma obrigação de meio é efetivamente cumprida, alegando-se que apenas foi cumprida parcialmente ou, ainda, que foi totalmente descumprida.

A problemática concernente ao grau de cumprimento das obrigações de meio não será resolvida se não houver o estabelecimento destes parâmetros para a utilização da devida diligência. Inclusive, não se pode olvidar que devem ser analisados e estabelecidos considerando o caso concreto, sobretudo no caso de desaparecimento forçado, a fim de que não se corra o risco de transformar as obrigações de meio em obrigações de resultado (determinar como critério que sejam encontrados os corpos das vítimas, por exemplo, quando verifica-se que não há condições materiais e tecnológicas para encontrá-los).

## Considerações finais

Estudos empíricos apontam diferentes graus de cumprimento das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos por parte dos estados (BASCH & al., 2010). Os números variam em razão da amostra pesquisada e da metodologia empregada, mas apesar da oscilação, nem Brasil nem Colômbia alcançam 50% de cumprimento total das medidas oriunda do Sistema Interamericano.

Apesar de reconhecer que a quantidade de casos estudados limita as conclusões a que chegamos, não deixa de ser notável que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considere que os Estados descumpriram integralmente todas as medidas estabelecidas para reparar as violações referentes ao desaparecimento forçado de pessoas. Esses dados justificam o aprofundamento da pesquisa para ampliar a amostra de casos, de modo a perquirir se esse comportamento estatal se verifica nos demais casos de desaparecimento forçados julgados pela CorteIDH, o que escapa o objeto geral deste projeto, mas fica registrado como agenda de pesquisas futuras.

Segundo Anzola, Sánchez e Uruña<sup>49</sup>, em estudo publicado neste volume, cinco tipos de fatores determinam o grau de cumprimento das decisões da Corte. São eles: fatores jurídicos; fatores institucionais; fatores orçamentários; fatores informais; e fatores externos. O *status* jurídico das sentenças da Corte Interamericana nos ordenamentos jurídicos domésticos seria um fator jurídico capaz de determinar o grau de cumprimento das medidas. Os fatores institucionais, por seu turno, seriam a estrutura institucional mobilizada pelo Estado para dar cumprimento às medidas provenientes do SIDH. Já os fatores orçamentários se referem ao montante de recursos financeiros alocados pelo Estado para cumprir as obrigações internacionais. Dentre os fatores informais estão aqueles elementos relacionados à cultura organizacional das burocracias incumbidas de implementar as sentenças internacionais. Chama-se atenção para a importância que tem os funcionários públicos (de todos os níveis hierárquicos) que movimentam os processos administrativos que são criados para cumprir as sentenças internacionais. E por fim, estão os fatores externos, ou seja, fatores nem jurídicos, nem institucionais, nem orçamentários ou informais, mas aqueles fatores sociais ou políticos capazes de impulsionar o Estado a cumprir as ordens da Corte.

---

49 Anzola, Sánchez e Uruña. “Después del fallo: El cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una propuesta de metodología” (neste volume).



Após extensa pesquisa empírica sobre os casos colombianos sentenciados pelo CorteIDH entre 2004 e 2012, os autores concluem que, no caso colombiano, os fatores externos e informais são mais determinantes para o cumprimento das sentenças do que os jurídicos, institucionais e orçamentários. Não dispomos de recursos humanos e técnicos para testar a hipóteses propostas no referido estudo ao caso brasileiro, mas os indícios apontados na seção 2 nos permitem sugerir, por um lado, que fatores orçamentários não são um impedimento ao cumprimento no caso Gomes Lund; e, por outro lado, que o arranjo institucional inicialmente adotado pelo Brasil, com relevante participação do Ministério da Defesa na coordenação do Grupo de Trabalho Araguaia, funcionava como um fator impeditivo ao cumprimento da decisão interamericana.

Dizíamos no início deste trabalho que os desaparecimentos forçados na América Latina figuravam entre os principais desafios a serem enfrentados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sob a perspectiva dos familiares das vítimas desaparecidas, o processamento dessas demandas por um tribunal internacional parece, à primeira vista, uma ponta de esperança diante da ausência de responsabilização dos agentes estatais pelos tribunais domésticos. Nesse sentido, a declaração da responsabilidade do Estado pelos desaparecimentos forçados cumpre um papel simbólico relevante: a publicação da sentença estabelece “nova” narrativa, ou no mínimo, reforça uma narrativa alternativa àquela das autoridades estatais. Ocorre que sem a localização dos restos mortais – ou o esclarecimento das circunstâncias dos desaparecimentos – gera-se uma nova frustração aos familiares das vítimas: se antes havia uma expectativa de que a intervenção de organismos internacionais pudesse resolver essa atroz violação, a observação sistemática das resoluções de cumprimento dessas sentenças sugere que, assim como os tribunais domésticos, tampouco o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é capaz de obrigar os Estados a informar onde estão os indivíduos desaparecidos, e por conseguinte, reparar de forma responsiva tais violações.

## **Referências**

BASCH, F., & al.. A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento das decisões. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 7, nº 12, 2010, p. 9-35.

BERMAN, M. R., & CLARK, R. S. State terrorism: disappearances. *Rutgers Law Journal*, vol. 13, 1982, p. 531-577.

BERNARDES, M. N. Sistema Interamericano de Derechos Humanos como esfera pública transnacional: Aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionales. *SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 8, nº 15, 2011, pp.135-156.

BURGORGUE-LARSEN, L. Forced disappearance. In.: L. BURGORGUE-LARSEN, & A. ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 291-324.

CÉSPEDES, N. M. Medindo o difuso: Indicadores quantitativos do cumprimento das obrigações positivas derivadas da Convenção Americana de Derechos Humanos. In.: L. Burgorgue-Larsen, A. Maués, & B. E. Sánchez Mojica (Orgs.) *Derechos humanos e políticas públicas: manual*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014, p. 129-180.

CITRONI, G.. The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights and other International Human Rights Bodies to the Struggle against Enforced Disappearance. In.: Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA, & C. BURBANO-HERRERA (Orgs.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Cambridge: Intersentia, 2015, p. 379-401.

GALDAMEZ ZELADA, L. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. *Revista chilena de derecho*, Vol. 34, nº 3, 2007, p. 439-455.

GOMES, O. *Obrigações*. 17ª ed Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HAWKINS, D., & JACOBY, W. Partial compliance: a comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 6, nº 1, 2010, p. 35-85.

KALIN, W., & KUNZLI, J. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. (5 de Abril de 2011). *Nota 142. Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA*. Acesso em 10 de fevereiro de 2017, disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/2555-solicitacao-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-da-oea>>

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. (maio de 2013). Grupo de Trabalho Memoria e Verdade. Acompanhamento dos trabalhos de busca e identificação de restos mortais de desaparecidos na Guerrilha do Araguaia. Relatório parcial. maio de 2013. Brasília.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. (8 de janeiro de 2014). Manifestação no processo nº 82.00.24682-5.

RAMIREZ, E. (Diretor). (2014). *Los durmientes* [Filme Cinematográfico]. Chile.

SARKIN, J.. Enforced disappearance as continuing crimes and continuing human rights violations. In.: Y. HAECK, & e. al. (Orgs.), *The Realisation of Human Rights: When Theory meets Practice*. Cambridge: Intersentia. 2013, p. 389-413.

TAVARES, A. B.. O Desaparecimento Forçado como uma Prática Sistemática do Estado nas Ditaduras da América Latina: uma abordagem crítica sobre o papel do Sistema Inteamericano de Direitos Humanos. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, vol. 4, 2011, p. 290-316.

United Nations Human Rights Council. (2016). *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*.

VERMEULEN, M. L.. Why is establishing a systematic practice in the adjudication of enforced disappearance conducive to providing protection against this crime? In.: Y. HAECK, & e. al. (Orgs.), *The Realisation of Human Rights: when theory meets practice*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 415-435.

WAISMAN, V. Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard. *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 33, 2010, p. 385-430.



# O Cumprimento das Medidas de Reparação de Adequação Legislativa no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Formação de Coalizões Pró- Cumprimento no Brasil e Argentina

Breno Baía Magalhães<sup>1</sup>  
Débora Regina Mendes Soares<sup>2</sup>  
Giúlia Santos de Vasconcelos<sup>3</sup>

## Introdução

Passados quase 20 anos do provocativo título do artigo de Farer (1998)<sup>4</sup>, talvez ainda não seja prudente sugerir que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) se caracteriza como um boi ou búfalo (Ox), tendo em vista a crônica falta de implementação de grande parte das sentenças determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)<sup>5</sup>. A analogia animal, além do mais, pode ser enganosa, por passar a impressão de que o sistema precisa agir de forma agressiva ou intimidadora para cumprir sua função institucional. Sugerir uma atitude agressiva, ademais, poderia nos levar à conclusão de que o descumprimento das sentenças enfraqueceria a proteção de direitos humanos garantidos nas Américas, comprometendo a legitimidade dos órgãos

- 
- 1 Professor da Universidade da Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
  - 2 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestra em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA).
  - 3 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista do Programa Nacional de Cooperação Acadêmica da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).
  - 4 *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox.*
  - 5 Cf. os trabalhos sobre o tema de Bailliet (2013) e Basch (2010).

de monitoramento interamericanos, porém outros fatores servem para aferir a importância e impacto do SIDH.

O impacto do SIDH vai muito além do cumprimento efetivo de todas as medidas de reparação editadas pelas sentenças da Corte IDH. Portanto, a análise da eficácia do sistema e, mais importante, do cumprimento das medidas de reparação, não pode ser computado simplesmente pelo binômio cumprido/não cumprido, extraído da análise global dos casos considerados país a país. Algumas medidas de reparação são mais complexas que outras em seu cumprimento, exigindo análises que tenham como objeto os fatores que facilitam ou dificultam sua efetividade, sem que isso signifique uma rejeição estatal da sentença, globalmente considerada.

Dentre as diversas medidas reparatórias estipuladas pela Corte IDH, a obrigação de adequar o direito interno, especialmente mediante leis formais, representa a segunda menos cumprida<sup>6</sup>, perdendo apenas para as hipóteses de investigação e punição criminal dos envolvidos nas violações de direitos humanos. Um dos objetivos do artigo, portanto, é analisar, especificamente, aquela medida de reparação e, correlacionando com a experiência argentina, identificar quais são as causas para seu baixo cumprimento no Estado brasileiro.

A perspectiva comparada entre experiências estatais torna-se relevante, tendo em vista que, não obstante a medida de reparação investigada seja a mesma (adequação legislativa), o poder de influência sobre o comportamento estatal de uma decisão da Corte IDH (sua autoridade), depende de aspectos contextuais que variam de acordo com o Estado (ALTER, HELFER, MADSEN, 2011; HUNEEUS, 2011). A Corte IDH possui uma jurisdição formal, de direito, idêntica em ambos os Estados (Brasil e Argentina), contudo, há variações no grau das respostas dadas pelas audiências principais (*key audiences*) de suas sentenças<sup>7</sup>. Portanto, analisar a forma com que fatores externos (contextuais, portanto) à sentença interferem no cumprimento da adequação

---

6 Em trabalho de 2013, que analisou 112 sentenças com supervisão de cumprimento, González-Salzberg (2013, p. 105) concluiu que a adequação do direito interno é um tipo de medida pouco cumprida, com uma média de 31% dos casos analisados e de 51% não cumpridos. Parcialmente, a medida fora cumprida em 18% dos casos.

7 Alter, Helfer, Madsen (2011, p. 22) elencam funcionários governamentais, cortes nacionais, agências administrativas, juristas (acadêmicos ou operadores do direito), empresas e grupos da sociedade civil como audiências principais de sentenças de Tribunais Internacionais.

legislativa torna-se necessário para melhor compreender os fatores de descumprimento de uma medida de reparação.

Após expor o marco teórico, que entende o cumprimento com um fenômeno político estatal cuja concretização depende, ou não, da formação de coalizões pró-cumprimento estruturadas com base nos entes estatais competentes para mobilizar as mudanças políticas necessárias, os casos argentinos *Kimel* e *Bulacio* serviram de base para entender como diferentes contextos políticos podem interferir no cumprimento da adequação normativa interna exigida no caso brasileiro *Gomes Lund*.

Foram utilizadas no artigo, tão somente, as sentenças condenatórias que exigiram dos Estados adequações normativas internas e que já estavam em fase de supervisão de cumprimento. Considerando que tal medida de reparação específica encontra no Poder Legislativo seu principal ator, especial atenção será voltada aos projetos de lei e em suas justificativas, intencionado identificar os interesses congressuais, bem como sua aproximação ou distanciamento dos interesses dos demais poderes.

Argentina e Brasil são países latino-americanos que experimentam diferentes níveis de impacto do SIDH em seus ordenamentos jurídicos: o primeiro mais receptivo à jurisprudência<sup>8</sup> e o outro mais resistente e claudicante na inserção dos padrões interamericanos<sup>9</sup>. Dessa forma, ainda que conjunturas de pesos políticos diferentes (Liberdade de Expressão/Leis de Anistia) sejam comparadas, o aspecto contextual da autoridade das decisões da Corte IDH fornece as condições de alterações da variável explanatória, qual seja, a formação da coalização pró-cumprimento (HILLBERT, 2014, p. 54).

O trabalho conclui que a formação de coalizões pró-cumprimento explica o cumprimento parcial das medidas de adequação legislativa exigidas pela Corte IDH nos casos analisados. As medidas de adequação do direito interno em *Bulacio* e *Gomes Lund*, respectivamente, casos que exigiram reformas e revoga-

---

8 Além do estudo mencionado no parágrafo, Gongora-Mera (2013, p. 321) sugere uma aderência argentina acrítica aos padrões interamericanos. Contudo, tais conclusões poderão ser revistas em razão da recente decisão da SCJN (*Fontevicchia y otros c/ República Argentina*, 15/05/17), na qual o tribunal argentino determinou que as sentenças da Corte IDH não teriam poder de revisar suas decisões, colocando em xeque o carácter vinculante das resoluções daquela nesse país.

9 Cf. Maués, Antonio Moreira; Magalhães, Breno Baía “A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil” (neste volume).

ção de leis, estão parcialmente cumpridos por conta da resistência dos poderes em alterar seus interesses. Em ambos os casos, o Executivo queda-se inerte. No Brasil, o Legislativo e Judiciário não possuem incentivos para alterar sua interpretação de que a lei de anistia representa importante marco político de nossa transição democrática. Em contrapartida, não obstante o Poder Judiciário argentino empreenda esforços para compatibilizar o regime criminal dos jovens aos *standards* internacionais, o parlamento, influenciado pelo discurso de insegurança pública e impunidade juvenil, reluta em estender às crianças e adolescentes, direitos materiais e processuais.

## 1. Análise das medidas de reparação e *compliance*: aspectos metodológicos

O estudo da efetividade da concretização de reparações determinadas por tribunais internacionais, que não dispõem de meios coercitivos diretos para impor seus julgamentos finais, localiza-se no campo da ciência política e envolve diversos atores com interesses divergentes (ANAGNOSTOU; MUNGIU-PIP-PIDI, 2014, p. 207). Dentre as diversas explicações possíveis para compreender o cumprimento estatal de decisões oriundas de organismos internacionais, estão aquelas que focalizam na medida de reparação de acordo com os órgãos estatais responsáveis por concretizá-las, ou seja, o problema do cumprimento não é analisado desde uma perspectiva do Estado considerado como ente unitário (*black-box*), mas como um micro processo político que abarca atores sub-estatais, tais como o Executivo, Legislativo e Judiciário (HILLBERT, 2012, p. 963-964)<sup>10</sup>.

No caso da Corte IDH, tal abordagem é vantajosa, pois reconhece a natureza multifacetada das diversas medidas de reparação, que exigem a participação de vários órgãos para sua concretização, e, ainda que um deles esteja disposto a cumprir a sentença, permite explicar porque a resistência de outro poderá retardá-la (HILLBERT, 2012, p. 965)<sup>11</sup>. A decisão de um tribunal internacional pode

---

10 Centralizar o estudo nas entidades sub-estatais permite uma compreensão mais detalhada sobre as nuances que facilitam ou dificultam o cumprimento de uma medida de reparação específica, permitindo a comparação da descrição do equilíbrio de forças presente entre Estados, que atribuem diferentes graus de autoridade à Corte IDH.

11 Uma medida de análise que tenha como variável dependente o cumprimento integral de uma sentença, considerada país a país, é bastante contestável, uma vez que os Estados, apesar de não



servir de incentivo para o avanço de uma pauta política, servindo de ponto de inflexão (*tipping point*), especialmente quando a decisão está de acordo com políticas ou ações já em curso pelo Executivo ou Legislativo, por exemplo. Tais decisões exercem força coercitiva indireta criando custos aos atores políticos que ignoram seu conteúdo, auxiliando na formação de preferências estatais por meio de outros atores (estatais ou não) capazes de mobilizar os procedimentos para o cumprimento (ALTER, 2011, p. 02-05)<sup>12</sup>. O caráter epifenomenal deste evento político facilita o cumprimento da medida de reparação, porém, caso a decisão contrarie agenda legislativa, entraves deverão ser esperados.

O papel do Executivo nesse processo é maior do que os demais poderes nas hipóteses de responsabilização internacional, portanto, quanto maiores forem os poderes do Presidente em um país, maiores serão suas responsabilidades com o cumprimento ou descumprimento das medidas (HILLBERT, 2012, p. 966-969). Dessa forma, mesmo uma medida de reparação que seja de responsabilidade, quase integral, do legislativo (adequação legislativa do direito interno), caso contrarie sua própria pauta política, ou traga grandes custos políticos (fragmentação da base aliada, perda de aliados econômicos, perda de eleitores etc), a formação de uma coalizão política com o Executivo pode ser uma medida determinante para que o legislativo efetive a medida, utilizando a decisão internacional como ponto de inflexão.

Portanto, podemos argumentar, como uma das primeiras hipóteses, que uma medida de reparação de adequação legislativa será cumprida caso haja uma *coalizão pró-cumprimento* entre Executivo e Legislativo, ou seja, quando a medida estiver na pauta política de ambos os poderes (HILLBERT, 2012, p. 960). A coalizão pró-cumprimento pode incluir, todavia, outros atores, tais como o Judiciário e a sociedade civil organizada ou não. Dessa forma, na via oposta, a demora ou não cumprimento de uma medida pode ser explicada pela ausência de tal coalizão.

Além da hipótese da coalizão pró-cumprimento, acrescentamos que as medidas de reparação nos Estados, dificilmente, encontram-se estagnadas em uma

---

cumprirem integralmente com as sentenças da Corte IDH, tampouco são completamente indiferentes a ela. Todos, ao menos, iniciam alguma fase em direção ao cumprimento (GONZÁLEZ-SALZBERG, 2013, p. 93).

12 Ainda que o Executivo, por exemplo, negue-se a cumprir uma decisão da Corte IDH de construir monumentos em homenagem às vítimas, seus interesses podem ser afetados caso o Judiciário nacional obrigue-o a cumpri-la.

“estaca-zero”, no entanto, como não estão completamente satisfeitas, uma categoria analítica intermediária deverá explicar o que ocorre nessas situações. Nessa perspectiva, o tipo de medida de reparação requerida pela Corte IDH influencia no seu grau de cumprimento por parte do Estado. Hawkins e Jacoby (2010) desenvolveram a categoria “cumprimento parcial”, focando não apenas no caso como um todo, mas de acordo com cada tipo de ação requerida pela corte para avaliar a efetividade do SIDH (o cumprimento das medidas como *proxy* da efetividade). A tese dos autores oferece uma importante ferramenta para justificar o expressivo impacto do sistema nas Américas<sup>13</sup>, não obstante o crônico descumprimento global (BASCH, 2010), porquanto a categoria “cumprimento parcial” nos possibilita observar quais os tipos de entraves enfrentam medidas específicas.

Na análise acerca do cumprimento de decisões da Corte IDH desenvolvida até aqui, alguns pontos devem ser reforçados: a) as medidas de reparação são analisadas separadamente; b) o grau de seu cumprimento é estudado por meio da correlação entre os atores responsáveis para concretizar a medida e c) o tipo de medida interfere na sua concretização completa (cumprimento parcial). Os fatores que afetam o cumprimento de uma medida podem ser, pensamos, de duas ordens. Podem ser *externos* à medida de reparação, quando são comuns às demais e *internos*, que são sensíveis e específicas aos tipos de reparação exigidas. Durante o artigo, focaremos nos fatores externos, não obstante fatores internos de adequação normativa sejam pontuados.

Sanchez, Uruena e Anzola, em estudo publicado neste volume, sugerem que, nem sempre, fatores externos jurídicos (recepção das decisões da corte no sistema jurídico), institucionais (estrutura estatal para o cumprimento as decisões do SIDH) e orçamentários explicarão o descumprimento ou cumprimento parcial das medidas de reparação do SIDH. Outras variáveis explanatórias categóricas que pretendem explicar a variável dependente, que, no caso, é o grau de cumprimento da ordem pontual, podem oferecer explicações complementares à hipótese da coalizão pró-cumprimento. Entre as variáveis explanatórias identificados pelos autores, quatro parecem destacar-se: 1) medidas que extrapolam o âmbito clássico da reparação pecuniária; 2) quando o caso

---

13 A extensão com que os Estados implementam de forma bem-sucedida e expedita os julgamentos sobre direitos humanos é crucial para a credibilidade e legitimação da proteção internacional e dos órgãos que os editam (ANAGNOSTOU; MUNGIU-PIPPIDI, 2014, p. 206).

é sensível politicamente; 3) quando o Estado não demonstra vontade política de cumprir o ponto e 4) quando o cumprimento depende da participação de atores políticos além do Executivo<sup>14</sup>.

Por fim, o desenvolvimento de variáveis complexas pode, igualmente, servir para explicar a importância das coalizões pró-cumprimento: medidas de adequação legislativa (que, naturalmente, extrapolam o campo pecuniário e exigem a participação de outros poderes) de casos politicamente sensíveis, em que haja resistência governamental em seu cumprimento, apenas serão cumpridas quando houver uma coalizão pró-cumprimento dos atores relevantes.

## **2. A medida de reparação de adequação legislativa e seu cumprimento na Corte IDH**

No continente Americano, a Corte IDH é a responsável por decidir os casos contenciosos que envolvam possíveis violações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 62. 3). No exercício dessa competência, a Corte IDH emitiu, até fevereiro de 2017, 330 sentenças na sua jurisdição contenciosa impondo aos Estados um conjunto muito variado de reparações. A Corte IDH determina, geralmente, as seguintes medidas de reparação: restituição; reabilitação; satisfação; garantias de não-repetição; obrigação de investigar, processar e punir e, por fim, compensação por danos materiais e imateriais (PASQUALUCCI, 2013, p. 196). Burgorgue-Larsen e Úbeda de Torres (2011, p. 224) caracterizam a jurisprudência da Corte IDH acerca das reparações como inovadora e progressista, especialmente porque atende à necessidade de medidas condizentes com as violações estruturais dos direitos humanos ocorridas no continente.

Considerada como uma garantia de não-repetição de futuras violações de direitos humanos (SHELTON, 2005, p. 279), a medida específica de adequação do direito interno fora determinada inicialmente pela Corte IDH no caso

---

14 Hawkins e Jacoby (2010, p. 42) apresentam três fatores externos semelhantes que podem influenciar em um efetivo cumprimento estatal: 1) a sentença pode servir como um reforço internacional (imposição de penas ou prêmios exteriores); 2) as particularidades da política doméstica (custos e benefícios de políticas públicas e mudanças) e 3) o gerenciamento (*management*) (problema está nas regras internacionais e na dificuldade de sua implementação – ambiguidade, ausência de capacidade técnica interna ou insuficiência econômica). Diferentemente do desenvolvido nos parágrafos anteriores, os autores não construíram uma hipótese acerca das variáveis que explicam o cumprimento de uma sentença.

Loayza Tamayo (GONZÁLEZ-SALZBERG, 2013, p. 105). Tais garantias são relevantes porque apenas um pequeno número de casos alcança o plano internacional, portanto, mudanças legislativas não são orientadas, necessariamente, apenas à vítima do caso decidido, mas a toda sociedade, pois visam trazer mudanças estruturais de benefício difuso (PASQUALUCCI, 2013, p. 212). Um padrão de violações de direitos humanos pode revelar problemas sistêmicos no Estado causados por *standards* normativos (leis, decretos, normas constitucionais etc.), que, caso não sejam removidos, provavelmente manterão ou repetirão o padrão de violações.

A adequação do direito interno exigida pela corte pode ser feita por meio das obrigações de promulgar, alterar ou revogar leis<sup>15</sup>. No entanto, dificilmente a Corte IDH desenvolve maiores especificações sobre os termos exatos requeridos do Estado para cumprir quaisquer uma das três formas de adequação<sup>16</sup>. Para Pasqualucci (2013, p. 212), isto atribuiria significativa margem de apreciação para o cumprimento da medida<sup>17</sup>.

Mudanças legislativas exigidas por condenações da Corte IDH podem interferir nos interesses estatais e contextos políticos locais desfavoráveis dificultam seu cumprimento (MARTÍN BERISTAIN, 2010, p. 374), bem como acarretam em uma maior dilação temporal na concretização dessas medidas de reparação, em comparação com as demais<sup>18</sup>.

A Corte IDH determinou 96 ordens de reforma legislativa em 73 decisões, envolvendo 21 Estados entre 1998 e 2017 (CALABRIA, 2017, p. 1.297), o que engloba um pouco mais de um terço dos casos da corte e quase todos os países que reconhecem a jurisdição da corte. Dentre essas requisições, a Corte IDH

---

15 Para Calabria (2017, 1.302), as modificações normativas podem ir além da modificação textual de uma norma, pois podem incluir a alteração de sua interpretação.

16 Exemplo: "Así, esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de acuerdo al citado artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados. *Pese a lo dicho, la Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas* (...). Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, § 98. (grifo nosso)

17 Nuñez Poblete (2012, p. 32) concorda com a autora, pois, desde que não comprometa o conteúdo da sentença, os Estados têm ampla margem de discricionariedade para cumprir a medida de adequação legislativa.

18 Cf. nota 5.

não utilizou uma construção uniforme acerca da obrigação estatal. Ora utiliza a expressão “modificações legislativas”, ora “qualquer modificação necessária”. Um termo mais preciso para descrever o exigido pela Corte IDH foi estabelecido recentemente: “o estabelecimento dos mecanismos normativos necessários”<sup>19</sup>.

Alterações legislativas, ao seu turno, envolvem custos políticos para o Estado sob diversos enfoques, no que diz respeito aos fatores externos de influência dessa medida de reparação. Por um lado, porque não ocorrem de forma expedita, tal qual a reparação pecuniária em um país que reserva, anualmente, uma rubrica de sua lei orçamentária para cumprir decisões de organismos internacionais, como o Brasil, por exemplo<sup>20</sup>. Por outro, o processo legislativo depende, necessariamente, de fatores constitucionais e políticos. A alteração, revogação ou criação de leis depende da mobilização dos atores políticos com capacidade para apresentar projetos de lei (aspecto constitucional) e da formação de coalizões políticas para que o projeto se converta na lei cumpridora da medida de reparação (aspecto político). Dessa forma, o total descumprimento ou cumprimento parcial das medidas de adequação legislativa podem ser explicadas por conta da ausência de uma coalizão pró-cumprimento formadas pelos atores capazes de mobilizar ou influenciar o processo legislativo.

O Poder Legislativo pode agir como ator com poder de veto (*veto player*) capaz de reforçar o cumprimento de acordos de Direitos Humanos nas hipóteses, entre outras, em que cria custos para políticas do Executivo que, além de dependerem de meios jurídicos formais, como as leis, estejam em desconformidade com padrões internacionais (LUPU, 2015, p. 579-581). Contudo, a atuação do Legislativo como *veto player* apenas será efetiva, ou seja, sua capacidade de interferir na tomada de decisão política, caso não esteja em coerência política com outros atores, principalmente, no caso do exemplo, do Executivo (TSEBELIS, 1995, p. 317).

Outra hipótese, porém, a ser levada em consideração é o tipo de cumprimento parcial observado nos casos de adequação normativa e os fatores inter-

---

19 Caso *Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, Ponto resolutivo, § 16.

20 O Estado brasileiro destina dotação orçamentária ao pagamento de indenizações que resultem do reconhecimento internacional da violação de tratados internacionais sobre direitos humanos. Como explicitam Vieira *et al.* (2013, p. 23-24), tal decisão política decorreu de aprendizado institucional após entraves burocráticos que dificultavam o pagamento de indenizações feitos por Entes federados ou mediante leis ordinárias federais.

nos específicos a ela. Nesta última hipótese, o cumprimento parcial justifica-se pela substituição estatal, movimentação lenta da medida ou em função da complexidade da exata compreensão de seu conteúdo.

O Estado pode oferecer soluções alternativas ou substituições (*state substitutions*), quando, por exemplo, não cumpre uma ordem específica de reforma da lei, mas apresenta medidas normativas diferentes ou periféricas àquelas determinadas pela Corte IDH. As substituições prolongam o cumprimento total da medida, uma vez que ensejam diversas rodadas políticas de negociações congressuais, bem como estão sujeitas a mudanças no comando do país, afetando a agenda executiva no Congresso. No plano internacional, não serão quaisquer alterações legislativas que atingirão o parâmetro exigido pela Corte IDH, que poderá, em cumprimento de sentença, avaliar a conveniência da substituição.

Por outro lado, o processo legislativo pode esboçar traços de movimentação lenta (*slow motion*) nos países quando o governo estiver trabalhando na confecção de um projeto de lei, ou debates congressuais são alongados pela constante convocação de audiências públicas, relatórios de comissões, esfriamento da pauta política, crises institucionais, impasses políticos etc.

Por fim, alterações legislativas podem apresentar problemas de complexidade, em razão da amplitude ou ambiguidade das obrigações determinadas pela Corte IDH (*ambiguous compliance amid complexity*)<sup>21</sup>. O Estado pode ter dúvidas acerca de qual alteração legislativa seria necessária para atender aos exatos parâmetros da sentença (HAWKINS; JACOBY, 2010, p. 77-81).

## 2.1) Adequação do Direito Interno na Argentina

### A) Caso Kimel: a luta dos jornalistas argentinos pela liberdade de imprensa

Em 1989 foi publicado pelo jornalista e historiador Eduardo Gabriel Kimel o livro “La Masacre de San Patricio” que descrevia o assassinato de cinco religio-

---

21 De acordo com os próprios atores do SIDH, alguns problemas nas medidas de reparação estipuladas pela Corte IDH podem ser destacados: a) as partes constroem diferentes interpretações das mesmas medidas; b) sua concretização depende do nível dos recursos estatais existentes para concretizá-las e c) a maneira específica em que se desenvolve a medida de reparação após a sentença. Não apenas as partes, mas igualmente a Corte IDH considera que seria mais vantajoso se as medidas de reparação fossem mais específicas (MARTÍN BERISTAIN, 2010, p. 182-183).

so ocorrido em 76, durante a ditadura militar argentina. Entre outros fatos, o autor analisou as atuações judiciais dirigidas a investigar o massacre. Sobre uma particular decisão judicial de 77, Kimel sugeriu que os juízes foram condescendentes e, talvez, cúmplices da repressão ditatorial.

O magistrado criticado no livro propôs ação criminal em face de Kimel pelo delito de calúnia ou, caso assim não fosse aceito, por injúria. O juiz criminal do caso sugeriu que a manifestação de Kimel se ajustaria ao crime de injúria, pois as afirmações do jornalista não seriam informações, mas ataques à honra subjetiva do juiz, ampliados pelo alcance massivo da publicação. Ademais, suas sugestões poderiam colocar em xeque a credibilidade do ofendido. A sentença condenou Kimel a 20.000 pesos argentinos a título de indenização.

O tribunal de apelação, em 96, revogou a condenação. Em 98, a Suprema Corte reverteu a decisão do tribunal de apelação por caracterizá-la como arbitrária. Com o retorno do caso à corte de segundo grau, a condenação de primeiro grau foi mantida, mas, ao invés de condená-lo pelo crime de injúria, sugeriu o tribunal que ele havia cometido calúnia. Após tal decisão, foi proposto um Recurso Extraordinário em 2000 para a Corte Suprema, que não o conheceu.

Antes de iniciado o procedimento para julgamento na Corte IDH, o país e os representantes da vítima realizaram um acordo que reconheceu em parte a responsabilidade do Estado Argentino por prolatar sentença que violara o direito à liberdade de expressão e assumiu a responsabilidade de adequar seu direito interno quanto ao tema da liberdade de expressão e aos crimes de injúria e calúnia. A Corte reconheceu o acordo, mas fez considerações sobre os fatos provados, a alegação da violação de outros direitos e sobre como a liberdade de expressão foi afetada pelos tipos penais acima, e que, portanto, como garantia de não repetição, uma das reparações seria a adequação do direito interno à Convenção. Para isso, o Estado deveria corrigir os problemas na tipificação dos crimes, como requerimento da segurança jurídica e para não comprometer a liberdade de expressão. A tipificação criminal argentina, considerou a Corte IDH, não havia utilizado termos consistentes e unívocos, impedindo uma clara definição das condutas puníveis e tal ambiguidade geraria dúvidas, bem como espaço para o arbítrio judicial.

A rapidez com que o caso Kimel fora solucionado no âmbito do SIDH não pode ser considerado como um mero acaso, pois o Estado argentino já havia sido demandado, em outras ocasiões, desde o início da década de 90 por conta de violações ao art. 13 da CADH.

A primeira grande vitória da mobilização do jornalismo argentino contra tipos penais ocorreu com o combate à figura do desacato, nos autos de solução amistosa no caso 11.012 (Informe nº 22/94), que contestava a condenação do jornalista Horacio Verbitsky pelo crime de desacato cometido em face do Ministro da Corte Suprema, em razão de artigo no qual o jornalista chamava o Ministro de “asqueroso”. De acordo com os termos da solução amistosa, dentre outras coisas, o Estado se comprometia em revogar o crime de desacato (art. 244 do Código Penal Argentino - CPA), cassar a sentença condenatória e seus efeitos. Em junho de 1993, a CIDH recebeu nota do Governo informando a revogação do crime por meio da lei 24.198 (o Executivo foi o autor do projeto de lei).

Como informa Damián Loreti (ARGENTINA, 2015, p. 116-117), advogado que atuou perante a Corte IDH em *Kimel*, o caso *Verbitsky* foi um marco, porém não foi suficiente para impedir que o Judiciário argentino procurasse outra rota para censurar opiniões de jornalistas sobre agentes públicos. Com a revogação do desacato, os crimes de injúria e difamação foram a válvula de escape judicial para a restrição da atividade jornalística (BERTONI; DEL CAMPO, 2012, p. 11).

Anos após a vitória contra o desacato, o esforço estratégico dos jornalistas e ONG's voltou-se para a revogação dos crimes de injúria e calúnia. Em 1999, no caso 12.128, Horacio Verbitsky e outras supostas vítimas, denunciaram à CIDH condenações criminais e civis com base nos delitos de injúria e calúnia, por conta de manifestações em artigos jornalísticos, programas de TV etc. Durante certo momento do processamento do caso (2000)<sup>22</sup>, apensou-se a petição de *Kimel*, por conta da similitude entre os casos, porém a CIDH preferiu tramitar a petição separadamente (2003)<sup>23</sup>. Durante o processamento do pedido, como parte de conversações com vistas a alcançar um possível acordo de solução amistosa, o Estado argentino informou sobre a existência de iniciativas legislativas destinadas a alterar o Código Penal<sup>24</sup>. Entretanto, as reformas não prosse-

22 Informe de Admissibilidade N° 3/04 (caso 12.128), 24 de febrero de 2004, § 11.

23 *Idem*, § 20. Seguem os artigos do Código Penal questionados: art. 109: *La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años*. Art. 110: *El que deshonrar o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año*.

24 *Idem*, § 12 e 16. 1119-D-01; 4345-D-2004; 2660-D-2007; 0290-D-2008; 0293-D-2008; 5144-D-2008; 3952-D-2008 (BERTONI; DEL CAMPO, 2012, p. 12).



guiram porque a pauta política do Congresso se alterou com a crise econômica e política que assolou o país em 2001.

Após a sentença da Corte IDH no caso *Kimel*, vários projetos de lei foram propostos perante o Parlamento argentino<sup>25</sup>, que reconheciam e desenvolviam justificativas relacionadas à atuação do SIDH e, principalmente, à obrigação internacional decorrente da medida de reparação determinada naquele caso contencioso<sup>26</sup>. O projeto que, finalmente, alterou o CPA foi encaminhado pela Presidente da República, que o justificou no sentido:

a efectos de adecuar la normativa nacional conforme los estándares internacionales y constitucionales en materia de libertad de expresión en cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída el 2 de mayo de 2008 en el caso de *Eduardo Kimel c Argentina*<sup>27</sup>

Damián Loreti (ARGENTINA, 2015, p. 119) reputa positiva a alteração do CPA, facilitada pelo caso *Kimel*, entretanto pondera que o mais correto, ou o mais importante, seria a total descriminalização de assuntos que envolvam

25 4747-D-2009; 0946-D-2009; 0995-D-2009; 0463-D-2011

26 Apenas como exemplo, cf. a justificativas do PL 3952-D-2008 (*El presente proyecto de ley tiene como objetivo ajustar las disposiciones de los Códigos Civil y Penal de la Nación referidas a los delitos de injuria y calumnia, a los principios de la Constitución Nacional, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional y a los recientes fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en punto a la protección del derecho a la libre expresión. (...) Cabe destacar que en un reciente fallo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) condenó al Estado argentino por la sentencia judicial impuesta al periodista Eduardo Kimel (...) Como consecuencia de ello, instó al Estado argentino a modificar en un tiempo razonable su legislación penal sobre calumnias e injurias, de modo de adecuarla a formas que respeten la protección amplia del derecho a la libertad de expresión, conforme a los estándares internacionales*).

27 0025-PE-2009 (11/09/09). Art. 109. - *La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean assertivas* e Art 110. - *El que intencionalmente deshonorare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos veinte mil. En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.*

a liberdade de expressão. Uma opinião compartilhada por comentadores da jurisprudência da Corte IDH<sup>28</sup>.

Alguns fatores podem ser destacados para explicar o cumprimento da medida em *Kimel*: 1) os problemas da tipificação criminal da injúria e difamação foram explicitamente identificados pela Corte IDH<sup>29</sup>, afastando problemas de ambiguidades e de administração do cumprimento pelos poderes políticos; 2) a identificação de coalizão pró-cumprimento, composta pelo Executivo (reconhecimento internacional de responsabilidade e apresentação de projeto de lei de reforma do CPA), Legislativo (além da apresentação de projetos, não após vetos à pauta do governo) e Judiciário (a Suprema Corte Argentina, anos antes, já havia estipulado interpretações que limitavam a incidência de restrições à liberdade de expressão<sup>30</sup>) e 3) a constante e sistemática litigância de atores, organizados ou não, relacionados à proteção dos direitos de expressão e imprensa dos jornalistas.

---

28 Jo Pasqualucci (2006, p. 404) acrescenta que a Corte IDH deveria ter confirmado que os abusos decorrentes da difamação apenas poderiam estar limitados aos procedimentos civis em todos os casos e que a abordagem criminal seria uma restrição desproporcional à liberdade de expressão sob a CADH. Eduardo Bertoni (2009, p. 345) aponta uma possível contradição na decisão da Corte IDH em *Kimel vs. Argentina* (2008), na medida em que a corte reconheceu que processos criminais e indenizações civis exorbitantes podem ser meios de censura indireta (denominadas pelo autor de *chilling effect*), mas, não obstante, passou a considerar a possibilidade de que, ainda que sujeito a salvaguardas, o uso de leis criminais difamatórias seria possível, mesmo em casos que envolvam manifestações dirigidas a agentes públicos ou a expressões de matérias de interesses público. Ou seja, se a corte reconheceu o *chilling effect*, por que não considerou as leis difamatórias como contrárias à CADH? Nash Rojas (2009), em contraposição, concorda com a Corte IDH.

29 Caso *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, §§ 77-80.

30 *Bruno Arnaldo Luis c/ La Nación S.A* (2001). Neste caso, a SCJN afastou indenização civil a ser paga por jornalista que especulou que militar havia participado no bombardeio da embaixada de Israel, em 1992. A corte adotou a doutrina da real malícia (*actual malice*), que exige a comprovação de desídia do jornalista em informar a notícia, além de afirmar que pessoas públicas possuem um âmbito de escrutínio mais amplo, em razão de sua função e do interesse social da notícia. Cf. considerando nº 4 a 6 da sentença.

## *B. Caso Bulacio: “lo sabía, lo sabía a Walter lo mató la policía”<sup>31</sup>*

Na época dos fatos que levaram ao caso *Bulacio*, eram bastante comuns práticas policiais de detenção indiscriminada para averiguações de identidade, sem mandados judiciais, de jovens com base em supostos atos ilícitos (*razias*). Além do mais, ato administrativo interno da polícia argentina (*memorandum* 40) facultava aos policiais decidir se notificavam ou não o juiz da infância sobre as crianças detidas para averiguação<sup>32</sup>.

Walter David Bulacio foi detido pela polícia federal argentina em um concerto musical no dia 19/04/91. Ao ser encaminhado à delegacia, o jovem foi duramente golpeado por agentes policiais. Após ser levado ao hospital, sem que seus pais fossem notificados, Bulacio foi diagnosticado com traumatismo craniano, vindo a falecer poucos dias depois (26/04/91).

Com base no reconhecimento da responsabilidade internacional e na proposição de solução amistosa, a corte afirmou que o Estado reconheceu a violação dos arts. 2, 7, 5, 8, 19, 4 e 25 da CADH e que estava pronto para que fosse determinada a reparação. Tendo como base tais documentos (acordo de solução amistosa e documento esclarecedor), considerou a Corte IDH que: a) a detenção de Bulacio ocorrera de maneira ilegal e arbitrária pela polícia, especialmente por ter ocorrido sem mandado judicial e de não ter informado o detento de seus direitos ou alertado seus pais da detenção; b) o jovem foi submetido a maus tratos e c) sua detenção não fora avisada ao juiz de menores, bem como não foram oferecidos aos familiares recursos efetivos para esclarecer as causas de morte e a detenção de Bulacio, especialmente nas hipóteses em que são exigidas medidas de proteção diferenciadas no caso de detenções de menores.

A medida de reparação estipulada pela Corte IDH no ponto resolutivo nº 05 impunha adequação do direito interno aos padrões internacionais, ao mesmo tempo em que fazia remissão ao desenvolvido nos parágrafos de fundamentação

---

31 Trata-se de frase entoada em shows de rock, partidas de futebol e em marchas políticas por, pelo menos, duas gerações de ativistas de Direitos Humanos (TISCORNIA, 2014, p. 28).

32 O memorando 40 (1965) originou-se da troca de informações internas e secretas entre o Diretor Judicial da Polícia Federal e o Diretor de Segurança da Divisão de Ordem Pública. Nelas, o Diretor Judicial afirma estar repassando recomendações de dois juízes correccionais de menores acerca dos procedimentos policiais que envolverem detenções de crianças e adolescentes. Em síntese, o documento expunha que, tendo em vista a burocracia que envolvia a lei (convocação de pais, juízes e outros órgãos estatais), o memorando outorgava à autoridade policial discricionariedade na comunicação de detenção de menores (TISCORNIA, 2008, p. 45-46).

da decisão (§§ 122-144). Ao longo da sentença, o Estado argentino demonstrou boa vontade em realizar as alterações, apesar de elas não estarem explicitamente delimitadas na sentença. Portanto, delimitaremos o conteúdo provável das alterações legislativas, com o objetivo de compreender a resposta da Corte IDH em considerar o cumprimento parcial<sup>33</sup>.

1) A criação de locais adequados de detenção de crianças e adolescentes que contem com o controle permanente de profissionais capacitados; 2) separação total das crianças e adolescentes dos encarcerados adultos; 3) medidas de fato e de direito que regulamentem as causas de detenção de crianças e adolescentes, estipulando prazo máximo de detenção e notificação imediata, obrigatória e efetiva à familiares e ao juízo competente e 4) registro cadastral do detido e informação de seus direitos no momento da entrada nas instituições de encarceramento.

Ainda durante o caso, mais especialmente no cumprimento de sentença de 2008, o Estado argentino apresentou o que julgou alterações legislativas que, supostamente, teriam cumprido o exigido pela corte.

1) Promulgação da lei de *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes* (2005); 2) a ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; 3) Emissão da Resolução 22.008/08 do Ministério da Justiça, seguridade e direitos humanos que instruiu forças policiais argentinas (naval, aeroportuária, federal) à adequar sua atuação em caso de restrição da liberdade de menores de 18 anos; 4) A resolução 578/08, que criou a comissão para reforma e atualização legislativa do regime penal juvenil, com o objetivo de confeccionar um projeto de lei de reforma e atualização legislativa do regime penal juvenil e 5) Resolução 2.209/08, do secretário de direitos humanos instado à criar instâncias de consulta sobre a adequação normativa exigida pelo presente caso<sup>34</sup>.

De acordo com a Corte IDH, as alterações legislativas acima estavam mais voltadas ao menor que comete algum crime ou ilegalidade, deixando de lado as ocasiões em que haja detenção policial de crianças e adolescentes que não tenham cometido ilegalidades, e cuja detenção tenha ocorrido sem ordem ju-

33 Os pontos foram coletados com base nas considerações feitas pelos representantes dos familiares e da vítima, CIDH e Estado na sentença de mérito e na Resolução em cumprimento de sentença.

34 Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008, §§ 29-30.

dicial, nem em situação de flagrância. Por fim, considerou que sejam mantidas as condições adequadas para detenção e que tais medidas alcancem as 23 províncias do país, não se restringindo apenas à capital do país<sup>35</sup>. Portanto, a substituição estatal (apresentação de medidas normativas diferentes daquelas indicadas pela corte, mas que, supostamente, alcançariam o mesmo propósito) não convenceu a Corte IDH.

### *B.1. Promulgação da lei de Proteção Integral de Direitos de crianças e adolescentes (2005).*

Desde a reforma de 1994, que constitucionalizou a Convenção dos Direitos da Criança (CDC) da ONU (1990), a legislação argentina criminal e civil tornou-se incompatível com muitas das prescrições convencionais.

Do ponto de vista da proteção da criança e do adolescente na Argentina, os piores anos foram os da ditadura militar, que impuseram reformas legislativas que endureceram o regime penal, por meio das leis 22.277 e 22.278 (1980). Ambas as leis foram criadas com base na doutrina da Segurança Nacional, que tratava crianças e adolescentes como objetos de tutela jurídica e não como sujeitos de direito. Tais previsões legislativas refletiam, ademais, as políticas públicas latino-americanas da época, as quais criavam distinções entre crianças de classes mais altas e pobres, as últimas, por conta de sua situação econômica, passaram a ser consideradas como perigosas (GRUGEL; PERUZZOTTI, 2012, p. 184-185). Tais políticas justificavam os amplos poderes dos juízes para interinar ou retirar de seus lares e das vistas das elites, crianças “indesejáveis”, ou seja, as pobres em situação de rua. De mais a mais, a imputabilidade penal passou a ser de 14 anos.

Com a redemocratização do país, foi sancionada, em 1983, a lei 22.803, que aumentou a imputabilidade criminal para 16 anos e criou secretarias e subsecretarias para a proteção de famílias e menores. As alterações continuaram com a lei 20.050, institucionalizando os juizados de menores na Capital Federal. Porém, o maior avanço legislativo ocorreu após o caso *Bulacio*, com a aprovação da lei 26.061 (2005), que instituiu direitos para crianças e adolescentes, alte-

---

35 *Idem*, § 34-35.

rando o anterior foco do patronato com a revogação da lei 10.903/83<sup>36</sup>. A lei foi resultado de projeto apresentado por Deputados em 2004 (2126-D-04), porém projeto semelhante tramitava na Câmara dos Deputados desde 2001 (3041-D-01)<sup>37</sup>. Importante notar que inúmeros padrões internacionais foram positivados naquela lei, tais como a criação de políticas públicas para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, bem como o estabelecimento de uma rede de instituições hábeis a promovê-las<sup>38</sup>.

Risley (2012, p. 72-79) e Gurgel e Peruzzotti (2012, p. 196) reforçam, porém, que a aprovação da lei deve ser creditada a confluências políticas conjunturais e ao ativismo de uma rede de movimentos sociais e ONG's<sup>39</sup> criadas a partir da ratificação da CDC, e não necessariamente à jurisprudência interamericana. A desestruturação da política juvenil começa a alterar-se com pauta política proposta por Raúl Alfonsín, mas cuja concretização veio à lume apenas 15 anos depois de seu mandato, porquanto nunca fora assunto de alta prioridade do governo federal. O tratado da ONU, contudo, municiou os recém-criados movimentos sociais e ONG's com o discurso de direitos para pressionar o governo a criar e alterar políticas públicas, especialmente durante a presidência de Nestor Kirchner (2003-2007), presidente mais aberto a pautas de Direitos Humanos. Nenhum dos autores citados neste parágrafo mencionam as decisões da Corte IDH ou o caso *Bulacio* como elementos determinantes para as alterações legislativas.

Entretanto, por não se tratar de lei com conteúdo criminal, tendo em vista que não revogou a lei 22.278, a alteração legislativa falhou em atingir eixos sensíveis acerca da situação de crianças e adolescentes em conflito com a lei, tais como: a proibição das detenções de menores de idade em delegacias e o

---

36 Caracteriza-se como patronato o regime de ampla margem interventora de órgãos estatais sob o destino de menores pobres. Sob o argumento de proteção, o Estado poderia internar crianças pobres ou retirá-las de suas famílias.

37 Não obstante a citação de tratados internacionais como justificativa para a lei (especialmente o abandono da teoria da situação irregular em favor da Proteção Integral), o projeto não menciona o Informe de Mérito nº 72/00 da CIDH, que havia recomendado à Argentina alterar suas leis sobre o tema.

38 Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; Consejo Federal de la Niñez y Defensoría de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

39 Como exemplo, podemos citar o Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño e o Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia.

combate à superlotação e maus-tratos nos institutos (REYES, PERRIELLO, OLAETA, 2012, p. 04-05).

Fabia Reyes (2012, p. 23-25) aponta que há uma grande contradição na convivência da lei 26.061, representativa do sistema de proteção integral, com a lei 22.278, que mantém um caráter tutelar, de defesa social estigmatizante das crianças e adolescentes, coincidente com a ideia de que são objeto de tutela e repressão. Seguem alguns pontos de divergência do Regime Penal da Minoridade (22.278) com as normas internacionais e com a lei de Proteção Integral de Direitos de crianças e adolescentes argentina: 1) a lei deixa ao arbítrio dos juízes decidir entregá-los a seus pais ou dispor da prisão sem sentença, até que se alcance a maioridade e se imponha uma pena e 2) o sistema penal não distingue as penas aplicáveis a adultos e a crianças, o que permite a imposição de penas de grande duração e prisão perpétua por crimes cometidos antes dos 18.

Algumas dessas mesmas determinações estão presentes na CDC<sup>40</sup> e em recomendações feitas pelo Comitê de Direitos Humanos, da ONU<sup>41</sup>. Entretanto, a mera incorporação do tratado não fora considerada suficiente pela Corte IDH como medida de alteração da legislação interna, demonstrando que seu cumprimento exige ação legislativa positiva, ou seja, uma manifestação formal do Poder Legislativo argentino, não apenas no sentido de revogar as normas incompatíveis com a CADH, mas positivar as referidas diretrizes em legislações internas, tornando o argumento do Estado de ter ratificado tratados internacionais de pouco impacto.

---

40 1) art. 37, c (*Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais*) e 2) art. 37, d (*toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação*);

41 O Comitê de Direitos Humanos manifestou preocupação com as graves deficiências no funcionamento das instituições que abrigavam crianças privadas de liberdade, incluindo as situações de imposição de penas coletivas e confinamento absoluto, bem como acerca do atual sistema de justiça juvenil que, entre outros problemas, faz uso excessivo de detenção (internação) e não garante assistência jurídica adequada para crianças em conflito com a lei. Como recomendação, sugeriu que o Estado deveria tomar medidas para estabelecer um sistema de justiça juvenil respeitoso dos direitos protegidos pelo Pacto e de outros instrumentos internacionais neste domínio (§ 23). *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina (CCPR/C/ARG/4) en sus sesiones 2690<sup>a</sup> y 2691<sup>a</sup> (CCPR/C/SR.2690 y 2691), 2010.*

As alterações legislativas exigidas pela Corte IDH em *Bulacio* foram genéricas e complexas, o que, por um lado, poderia explicar o cumprimento parcial. Porém, os mesmos problemas já eram conhecidos dos atores da sociedade civil organizada, bem como já haviam sido reverberados pelos órgãos de monitoramento internacional, reduzindo o peso desse argumento. O caso *Mendoza*<sup>42</sup> expos, contudo, exatamente como a lei 22.278 deveria ser alterada.

Em 2013, a Corte IDH condenou o Estado argentino pela imposição de prisão perpétua para cinco pessoas por crimes cometidos durante sua infância. Ao longo da sentença, a corte foi expressa ao ressaltar que a lei (22.278) que impunha tais penas padecia dos seguintes problemas: a) resquícios do regime ditatorial; b) alcance nacional e c) aos maiores de 16 e menores de 18, é facultado ao juiz dispor tutelarmente do adolescente, por tempo indefinido, até que possa ser punível como adulto pelo CPA aos 18 anos<sup>43</sup>. Como defesa, o Estado, tal como fizera no cumprimento de *Bulacio*, alegou que a lei 26.061 teria suprido tais problemas, ao colocar o Estado a par dos padrões internacionais<sup>44</sup>.

A Corte IDH, novamente, não ficou convencida. O art. 4 da lei 22.278 facultava uma significativa margem de arbítrio ao juiz para determinar as consequências jurídicas da comissão de um delito por menores de 18, tomando por base apenas o delito, mas também os antecedentes do menor, o resultado do tratamento tutelar e a impressão direta do julgador. Ademais, criticou a possibilidade de imposição das mesmas penas aos adultos, por atos cometidos na adolescência, medida desproporcional para tratar de crianças e adolescentes em conflito com a lei<sup>45</sup>. Acrescentou, também, que, como a lei 26.061 não possuía alcance penal, delitos cometidos por menores continuariam regidos pela lei 22.278<sup>46</sup>.

---

42 Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

43 *Idem*, §§ 74-76. Arts. 2 e 4 da lei 22.278.

44 *Idem*, § 292.

45 *Idem*, § 295.

46 *Idem*, § 297-298. Curioso notar que as reparações do caso *Mendoza* (2013, § 325) exigiram, como forma de ajuste do marco legal interno, a criação e implementação de políticas públicas com metas claras e calendarizadas, assim como a disposição de recursos adequados orçamentários para a prevenção da delinquência juvenil por meio de programas e serviços sociais eficazes, que fortaleçam o desenvolvimento integral.



A situação das crianças e adolescentes argentinas, tal como no Brasil, é bastante delicada. As autoridades públicas têm conhecimento dos problemas, mas o custo político de alterar leis que regulamentem a proteção e punição de jovens em conflito com a lei é elevado. *Mendoza*, além do mais, pode ser traduzido como uma forma de litígio estratégico, tendo em vista que o caso *Bulacio* não surtiu os efeitos desejados de conciliar a política pública de proteção integral a um regime criminal juvenil compatível com a CADH, uma determinação específica naquele.

O Judiciário argentino tem se dedicado a adequar a interpretação dessas leis (22.278 e 26.061) aos padrões internacionais, antecipando, inclusive, a condenação da Argentina no caso *Mendoza*<sup>47</sup>. O Executivo, no entanto, se exime de capitanear as reformas por meio de um projeto de lei produzido por expertos no assunto (GARCÍA MENDEZ, 2017).

O Legislativo Argentino, por sua vez, parece estar dividido sobre o tema, tendo em vista a existência de projetos de lei sobre o tema, mas de alcances diferentes (uns aumentam, outros diminuem a imputabilidade; outros seguem as diretrizes internacionais, outros se afastam etc.)<sup>48</sup>. Jorolinsky (2013), que analisou projetos de leis sobre o tema entre os anos de 2002-2012, dividiu as justificativas legislativas em quatro momentos. Um primeiro (2002-04), no qual os projetos culpavam a delinquência juvenil pela insegurança urbana no país, alimentados por notícias de crimes bárbaros cometidos por jovens e refletiam uma visão penal repressiva dos jovens. Um segundo (2007), cujos projetos passam a tratar dos jovens como sujeitos de direitos processuais penais e que, em razão de seu estado de desenvolvimento, exigem tratamento criminal diferente dos adultos. Um terceiro (2009), que, influenciado por novas exposições midiáticas sobre o crescimento da delinquência juvenil, reforça a necessidade de diminuir a imputabilidade penal, contudo tenta conciliar tal discurso com a caracterização do adolescente como sujeitos de direitos. Por fim, um último momento (2012), que

---

47 Em 2012, a Sala II de la Cámara de Casación Penal de Capital revogou as condenações impostas aos, então, menores, seguindo as determinações do Informe de Mérito 172/10 da CIDH. Tendo em vista que o caso foi submetido à Corte em 2011, a decisão interna do judiciário argentino não foi suficiente para evitar a análise da violação, ainda que os efeitos daquela fossem ressaltados nas reparações (*Mendoza*, 2013, § 45)

48 S-734/08, S-1564/08, S-1263/09, S-1524/09, S-1555/09 e S- 4560/16 e 3969-D-01, 1797-D-02, 3065-S-06, 1783-D-2009 e 0242-D-2012.

estabiliza o discurso de sujeitos de direito, porém caracteriza o jovem como um ser perigoso, especialmente aquele em situação de pobreza.

A ausência de uma coalizão pró-cumprimento, motivada pela ausência de consensos acerca do regime sobre a responsabilidade criminal do jovem pode explicar a demora no cumprimento da medida. O poder legislativo argentino parece ter encontrado um discurso conciliatório, porém paradoxal, para justificar a demora na alteração da lei criminal: a promulgação da lei de proteção integral não afeta o problema de segurança pública, estimulando uma dissociação entre o jovem que merece proteção e o que deve ser repreendido criminalmente. Não obstante a constante e importante mobilização de ONG's, a falta de vontade política do Executivo e o discurso vacilante dos projetos de lei parlamentares explicam o cumprimento parcial de *Bulacio*.

## 2.2. O Caso brasileiro

### *A. Gomes Lund: Executivo, Legislativo, Judiciário e a Lei de Anistia*

Dentre as medidas de reparação determinadas pela Corte IDH e parcialmente cumpridas pelo Estado brasileiro no caso *Gomes Lund* está a construção de iniciativas relacionadas a busca, sistematização e publicação de informações sobre a guerrilha, incluindo os crimes cometidos durante o regime militar, especialmente por meio das pesquisas realizadas pela Comissão da Verdade.

A criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV) não foi uma resposta direta à condenação no caso *Gomes Lund*<sup>49</sup>. Discussões acerca do tema já faziam parte do Governo brasileiro desde a chegada da esquerda ao poder com o Presidente Luís Inácio Lula da Silva. O III Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), de 2009, o primeiro criado pelo Presidente Lula, continha capítulo específico sobre o tema. Não obstante ausente proposta de revisão da lei de anistia ou da tipificação do crime de desaparecimento forçado, o programa previa a institucionalização da referida comissão.

Um ano depois (20/05/10), o Presidente encaminhou ao Congresso projeto de lei objetivando a criação da CNV, e citou o III PNDH e o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Fede-

---

49 No mesmo sentido, cf. Vieira *et al* (2013, p.35).

ral, como fundamentos legais de sua constitucionalidade. Ademais, o projeto reconhece o direito à memória como Direito Humano, mas o fez com referências genéricas e abstratas sobre sua previsão por órgãos da ONU e da OEA.

Em 21/09/2011, portanto, após a publicação da sentença do caso *Gomes Lund*, a Câmara dos Deputados, por meio de Comissão Especial, concluiu pela constitucionalidade da lei, sem fazer qualquer menção à condenação internacional, limitando-se a reforçar as justificativas constantes do projeto de lei. No Senado, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em relatório de 19/10/2011, menciona a condenação internacional e considera a CVN como uma complementação às determinações da sentença internacional, contudo, ressalva que ela não servirá para instituir qualquer tipo de indenização ou punição, uma vez que a vigência da Lei da Anistia fora reconhecida pelo PLC nº 88, de 2011, e por jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 153).

Portanto, é seguro dizer que a criação da CNV estava dentro das pautas do Poder Executivo (III PNDH), e não contrariava ou criava custos políticos para o Poder Legislativo, uma vez que não criava responsabilidades criminais. Desde a redemocratização, os poderes públicos brasileiros têm desenvolvido diversas políticas públicas relacionadas aos fatos que ocorreram durante a ditadura militar, ainda que nenhuma delas tenha tangenciado o tema da anistia<sup>50</sup>. Dessa forma, essa medida de reparação foi parcialmente cumprida, ainda que por uma lenta moção, por conta de uma coalizão pró-cumprimento dos poderes Executivo e Legislativo. Nesse caso, porém, a decisão da Corte IDH surtiu efeito epifenomenal, pois o Estado brasileiro iria cumpri-la de qualquer forma.

### *A.1. A lei de anistia*

O Estado brasileiro descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à CADH, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 por conta da Lei de Anistia, a qual impediu a investigação dos fatos, o julgamento e a sanção dos responsáveis pelas violações de Direitos Humanos. Contudo, meses antes, o STF declarou a compatibilidade daquela lei com a Constituição (ADPF 153).

---

50 Leis 9.140/95 (reconheceu a morte civil das pessoas desaparecidas na ditadura) e 10.559/02 (instituiu o regime do Anistiado Político).

Na Câmara dos Deputados, a Deputada Luiza Erundina (PSB-SP), apresentou o Projeto de Lei n. 573/2011 (23/02/11), que tinha por objetivo propor interpretação autêntica à lei de anistia, clarificando que ela não isentava de punição os crimes cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos. Na justificativa do projeto, a deputada, além de sustentar que o STF não levou em consideração a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, citou a condenação do Estado brasileiro e a necessidade de conformação com o julgamento internacional interamericano como a principal razão do projeto.

Em 16/08/11, a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN) apresentou relatório desfavorável ao projeto. O relator sustentou que a anistia de apenas um lado contraditaria o pacto entre as forças políticas ainda no poder, associadas ao corpo legislativo, que atendeu aos reclamos da própria sociedade, que pugnava pela aprovação de uma anistia “ampla, geral e irrestrita”. Em seguida, recordou o argumento de Eros Grau na ADPF 153 ao sugerir que a anistia seria uma lei-medida, cujos efeitos se esgotaram no momento da edição da própria lei. Por fim, o relatório sugeriu que:

“É bom recordar que a Advocacia Geral da União manifestou-se, no processo da ADPF 153-DF, no sentido de que o Poder Judiciário brasileiro não está obrigado a acatar a sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Guerrilha do Araguaia*”

Um ano depois (21/12/12), a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) apresenta outro parecer desfavorável ao projeto, desta vez deixando explícita sua inconstitucionalidade pelos seguintes motivos: 1) aplicação retroativa da lei penal, vedada pela Constituição nas hipóteses de criminalização (art. 5, XL); 2) inexistência da tipificação do crime de desaparecimento forçado na época dos fatos (art. 5, XXXIX) e 3) pelo fato de o projeto contrariar a decisão do STF na ADPF 153, ponto reforçado pelo Poder Executivo, que, por meio da AGU, defendeu a constitucionalidade da lei. Não houve qualquer menção à decisão da Corte IDH.

Em 31/01/2015, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados arquivou o projeto.

No Senado, o Senador Randolfe Rodrigues (PSOL) aprestou o projeto de lei nº 237, de 2013 (18/06/13), cujo conteúdo reproduz, praticamente em sua inteireza, o projeto da Câmara dos Deputados. Em suas justificativas, o senador

explorou uma argumentação presente no voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153: apenas o Congresso Nacional, e não o Judiciário, estaria legitimado a revogar a lei de anistia. Dessa forma, o parlamentar reforça que seu projeto visa cumprir o ponto do voto do ministro, bem como adequar o sistema constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Por fim, relembra que o Brasil fora condenado no plano internacional pela Corte IDH e que a alteração legislativa seria uma obrigação, em razão da responsabilidade assumida pelo Brasil e não uma simples recomendação.

O relator da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (07/04/2014) apresentou parecer favorável ao projeto de lei, argumentando e reproduzindo as mesmas justificativas do projeto, destacando a condenação no âmbito internacional. Entretanto, a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, meses depois (17/06/2015), rejeitou o projeto de lei com argumentação semelhante à do relatório da CCJC da Câmara dos Deputados.

Os empecilhos às investigações e punições dos que praticaram crimes contra direitos humanos de caráter permanente na ditadura vão além da manutenção da lei de anistia brasileira. Diferentemente da criação da CVN, que estava na pauta do Poder Executivo e cuja lei de origem fora por ele apresentada, os projetos de alteração da lei de anistia enfrentam graves entraves para sua promulgação.

Neste caso, o custo político de propor uma lei que irá, tardiamente, investigar e punir responsáveis pelos crimes da ditadura pode ser explicada pela grande e tradicional influência das Forças Armadas nas instituições políticas, ainda que sua força tenha diminuído no atual estágio de nossa frágil e cambaleante democracia.

O Poder Executivo (especialmente os Presidentes da República) não foi o autor de nenhum dos projetos de lei analisados, nem mesmo manifestou qualquer tipo de apoio público ou político a eles. Ademais, a AGU, no julgamento da ADPF 153 manifestou-se pela manutenção da lei. E, como visto anteriormente, trata-se de órgão governamental relevante para impulsionar as articulações políticas que facilitam o cumprimento das medidas de reparação. Diferentemente dos casos argentinos, não é possível, outrossim, observar uma grande mobilização social, de ONG's ou de alguma categoria profissional (como os jornalistas argentinos) para a concretização da medida.

Diante do posicionamento omissivo do Poder Executivo e da chancela judicial acerca da constitucionalidade da lei de anistia, a coalizão política está

formada, mas ao avesso: os poderes se unem para garantir a inexecução de uma medida de reparação (coalizão contra o cumprimento)<sup>51</sup>. Um dos fatores que podem explicar esta coalizão ao avesso é o poder de veto que as Forças Armadas exercem contra reformas que possam afetar interesses corporativos ou sua posição de instituição importante para a transição democrática pré-88, principalmente no caso da imutabilidade da anistia concedida aos militares (D'ARAUJO, 2012, p. 586)<sup>52</sup>.

O prestígio militar e a posição institucional dos poderes quanto ao enfrentamento direto de interesses militares podem explicar, também, o motivo pelo qual o Brasil não deu cumprimento ao ponto resolutivo nº 13<sup>53</sup>, pois a lei 9.140/95, que reconheceu como mortos os desaparecidos durante a ditadura militar, não atribuiu responsabilidade a nenhuma instituição<sup>54</sup>. Assistimos a mais um capítulo da tradicional impunidade no Brasil<sup>55</sup>.

Os ministros que compuseram a maioria na ADPF 153, bem como os demais poderes políticos, demonstraram segurança a respeito da existência de um acor-

---

51 Conforme o defendido por Alter (2011, p. 02-10)

52 A autora aponta 03 episódios como indícios do poder de veto das Forças Armadas a quaisquer debates acerca da alteração da lei de anistia: 1) a queda do ministro da defesa José Viegas, após sua requisição de abertura de documentos da ditadura que pudessem comprovar a tortura de Vladimir Herzog e a emissão de nota do Serviço de Comunicação Social do Exército, sem consultar o ministro da Defesa, que justificou a ação das Forças Armadas no combate ao comunismo, lançando nota na qual o comandante do Exército defendia o golpe de 1964 e a ação repressiva das Forças Armadas durante a ditadura; 2) a resposta dos militares à Audiência Pública fomentada pelo Ministro da Justiça Tarso Genro (2007-2010), que visava discutir possíveis responsabilizações criminais de militares, com outra audiência pública, em que defendiam-se os atos praticados à época e repudiavam-se os atos do ministro. O desgaste teria levado, para autora, à decisão de Lula instruir seus ministros a não mais debaterem em público o tema; 3) a retirada de pauta da CNV de qualquer possibilidade de responsabilização criminal individual, por conta da contínua pressão dos meios militares em razão da orientação política do governo Dilma (D'ARAUJO, 2012, p. 587-592).

53 “O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso”.

54 O Governo Federal mantém a Editora Biblioteca do Exército (Bibliex) que tem na pauta editorial a publicação de livros biográficos, sobre estratégias militares, mas, também, de críticas à visão de que 1964 tenha sido um golpe e sobre a missão das Forças Armadas de impedir um golpe comunista no Brasil. Os autores, geralmente militares da ativa e da reserva, refletem posições ideológicas dominantes na corporação. <<http://m.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/12/1723145-editora-biblioteca-do-exercito-lanca-livros-com-criticas-a-visoes-de-esquerda>>.

55 A impunidade não é novidade em nosso país, a despeito da violência repressiva, marcante em diversos momentos, a ausência de efetividade do direito penal é uma constante, seja pela concessão de anistias, seja pela falta de vontade política e judicial em punir (CARVALHO FILHO, 2004, p. 194).

do político que gestou a lei de anistia e que teria representado o selo definitivo acerca da questão no país. Glenda Mezarobba (2010) não compartilha da visão da história desenhada pelo STF.

De acordo com a autora, durante a tramitação da anistia no Parlamento não houve, praticamente, troca de ideias com a sociedade, tampouco com os potenciais beneficiários da legislação, embora tenha ocorrido engajamento dos Comitês Brasileiros de Anistia, que, todavia, em nenhum momento admitiram a hipótese de que a lei pudesse beneficiar os agentes da repressão. O resultado da lei, prossegue a autora, ficou longe dos objetivos dos movimentos reivindicatórios e sequer atendeu às principais reclamações dos perseguidos políticos (MEZAROBBA, 2010, p. 10)<sup>56</sup>.

Mezarobba (2010, p. 11-15) constrói, além do mais, forte argumento contrário à ideia de acordo político igualitário fixo no tempo, ao relembrar os desenvolvimentos legislativos posteriores e as reivindicações constantes das vítimas e familiares acerca da anistia, ponto esquecido ou ignorado pelo STF. Foi justamente o fato de a lei de 1979 não ter servido como forma de acerto de contas ou selo político definitivo, que as discussões acerca da extensão e alcance da lei continuaram controversas nos anos seguintes. Não por outra razão, a imposição da lei de anistia apenas permitiu o florescimento da discussão acerca da justiça de transição com a estabilidade democrática e a diminuição da interferência militar nos assuntos do governo. Conclui a autora que as leis 9.145/95 e

---

56 Emílio Meyer (2012, p. 99-100) concorda que não houve debates acerca da lei no Congresso, bem como ressalta a inexistência de indícios fortes de que tenha havido negociações políticas em torno do tema, uma vez que as organizações de defensores da anistia sustentavam seu caráter irrestrito (o que não ocorreu) e opunham-se à auto-anistia. Benvindo e Acunha (2012, p. 190-192) engrossam o coro de autores que sustentam a inexistência de uma estrutura política e social capaz de oferecer um ambiente propício para um acordo político, tal como pareceu transparecer nos votos dos ministros e nas manifestações do Congresso. Os autores questionam o aspecto histórico naturalizado que os ministros fizeram para reconstruir o momento histórico como um acordo político, uma vez que os termos do suposto acordo (participação dos atores e formas de barganha sobre seu conteúdo) não foram igualitários. Além de relembrar o clima de instabilidade instalado no Congresso Nacional no momento da edição da lei (cassações, ameaças de recesso por ordem presidencial, Senado composto por apadrinhados do regime eleitos indiretamente), Marlon Weichert (2011, p. 964-965) afirma que a edição da lei não era uma escolha formulada dentro de uma discussão democrática, mas uma imposição. Flávia Piovesan (2011, p. 82) inverte a preocupação do STF e redireciona ao tribunal a acusação de reescrever a história brasileira, por ter interpretado os fatos históricos através de uma lente específica, assim como por atribuir legitimidade político-social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional discutíveis.

10.559/02 são demonstrações de que a sociedade buscava formas de acertar as contas ainda abertas pela lei de anistia.

Não apenas as leis acima citadas foram ignoradas pelo STF e pelo Congresso, mas importante documento produzido pelo próprio Estado brasileiro não foi sequer mencionado. Trata-se do relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (2007). A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) foi instituída pela Lei nº 9.140/95 e durou onze anos, concluindo seus trabalhos com o citado relatório. Além de reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro pelo assassinato e desaparecimento de opositores do regime militar, o relatório ressaltou o fato de o Brasil ter sido o único país do Cone Sul que, à época do relatório, não havia trilhado procedimentos de justiça transicional para examinar as violações de Direitos Humanos ocorridas em seu período ditatorial (BRASIL, 2007, p. 21).

Ao tratar da lei de anistia, o relatório fala da inclusão dos crimes conexos como uma tentativa de, em tese, beneficiar os agentes do Estado envolvidos em torturas (BRASIL, 2007, p. 28). Ou seja, a Comissão não afirma com a mesma certeza dos ministros do STF, que a inclusão da conexão tenha sido fruto de um acordo explícito ou que a interpretação sobre o ponto estivesse sedimentada. O relatório reforça o aspecto polêmico da interpretação da lei, especialmente, a anistia das violações de Direitos Humanos perpetradas por agentes da repressão política, o que poderia demonstrar que a conexão seria uma possível auto-anistia. Apesar de reconhecer a importância da lei para a democracia e para o novo regime, o relatório confirma que a tramitação do projeto foi contrária aos anseios dos familiares das vítimas e dos comitês de anistia (BRASIL, 2007, p. 30-31).

Mais recentemente, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) apresentou relatório de suas atividades com discurso mais contundente do que o apresentado pela CEMPD. A CNV trata os eventos de abril de 1964 como um golpe e aponta que os agentes militares cometeram violações graves a direitos humanos, perpetradas de modo sistemático e generalizado (BRASIL, 2014, p. 94 e 962). A CNV, com base na caracterização das ações da ditadura como crimes contra a humanidade, considerou que os crimes por ela perpetrados (detenções ilegais e arbitrárias, a tortura, as execuções, os desaparecimentos forçados e a ocultação de cadáveres) constituíam ações vedadas por normas



peremptórias de direito internacional, imprescritíveis e insuscetíveis de anistia (BRASIL, 2014, p. 963-965)<sup>57</sup>.

Ao final do relatório, a comissão recomenda ao Estado brasileiro e aos órgãos competentes, que determinem a responsabilização jurídica (criminal, civil e administrativa) dos agentes públicos, afastando-se a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais<sup>58</sup>. Portanto, podemos caracterizar a interpretação do STF como uma interpretação controvertida dos fatos históricos<sup>59</sup>, não compartilhada por autores nacionais que discutem justiça de transição, as vítimas e a CNV.

## *A.2. A tipificação do crime de desaparecimento forçado*

A Corte IDH, no caso *Gomes Lund*, ordenou, também, ao Estado brasileiro tipificar o crime de desaparecimentos forçados, portanto, uma medida que exigia alguma forma de alteração legislativa<sup>60</sup>.

Muito embora esteja na fase de cumprimento parcial, a demora parece apenas espelhar a demora natural de um projeto que não está na pauta emergencial do Executivo ou do próprio Legislativo, o que não quer dizer que o Estado não

---

57 A fundamentação jurídica da CNV para suas conclusões acerca da imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia dos crimes contra a humanidade perpetrados pelos agentes da ditadura reproduzem, ainda que não as tenham citado explicitamente, as decisões da Corte IDH sobre o tema.

58 Swenson Junior (2010, p. 24) e Dimoulis (2010, p. 110-111) sugerem que é temerário afirmar que ocorreram crimes graves no período da ditadura militar, pois, sem o devido processo legal, presume-se a inocência dos envolvidos e a citação de crimes não passaria de jargão jornalístico para expressar inconformidade com suposta impunidade. À primeira vista o argumento pode parecer forte, mas parece subestimar o fato de que o padrão jurídico ao qual os autores atribuem validade – anistia – (não podemos afirmar que subscrevam com a conformidade moral de uma lei de anistia) parte do pressuposto de que crimes graves, fora do âmbito de crimes políticos, ocorreram, porque o Congresso não poderia anistiar o que, provavelmente, sem o devido processo, não ocorreu. A lei de anistia *pressupõe* que crimes ocorreram e que serão anistiados.

59 Moura *et alii* (2009, p. 193) falam da construção de um senso comum conciliatório que pairava na sequência dos governos civis após a ditadura, criado por meio de “concessões” (as aspas são dos autores) do regime ditatorial aos interesses da sociedade civil, porquanto o processo de transição fora, em realidade, pautado pela própria ditadura.

60 Jo Paqualucci (2013, p. 216) sugere que a notícia de que medidas legislativas estão próximas de serem implementadas (o Estado informa o envio de projeto de lei ao Congresso durante o procedimento perante a Corte) influencia a decisão da Corte IDH de exigir adequações no direito interno, e a autora utiliza a tipificação do crime de desaparecimento forçado no caso *Gomes Lund* como exemplo.

cumprirá, mais cedo ou mais tarde, com a medida. A alteração do Código Penal não acarretará custos políticos muito grandes, tendo em vista que em 2016 a Presidenta Dilma Rousseff promulgou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoa e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, anteriormente aprovadas pelo Congresso.

Em 2011, o Senador Vital do Rêgo (PMDB) apresentou projeto de lei (245/11) para tipificar o crime de desaparecimento forçado no Código Penal. Em sua justificativa, além de citar os tratados internacionais mencionados acima como fontes para a configuração do tipo legal, caracteriza a condenação do Brasil no caso *Gomes Lund* como um mandamento judicial que estipulou o dever de tipificação do crime. O relatório da CCJD (15/06/11) sugeriu a constitucionalidade do projeto, reforçando que se tratava de uma exigência da Corte IDH<sup>61</sup>.

O projeto foi remetido à Câmara dos Deputados dois anos depois, em 19/11/13. O relator do projeto na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), foi favorável ao projeto desde que nele constassem ressalvas quanto ao alcance da imprescritibilidade em face da lei de anistia, e propôs substitutivo<sup>62</sup>. Seu voto não fez qualquer referência à Corte IDH. Em 25/08/16, a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado manifestou-se favoravelmente ao projeto, retirando a ressalva do substitutivo proposto pela CDHM, bem como considerou que se tratava de uma exigência oriunda da sentença internacional. O projeto aguarda parecer da CCJC (16/12/16).

Importante notar que o substitutivo proposto pela CDHM, de acordo com o voto do relator, parece ter sido influenciado pelo Poder Executivo. O voto do Deputado Jair Bolsonaro (PDC) refere-se a ofício encaminhado pelo Ministério da Defesa (Of. 13.217, – GM/Aspar-MD, de 25 de outubro de 2013) sugerindo a supressão da imprescritibilidade dos delitos e da retroatividade, em face da lei de anistia e da decisão do STF na ADPF 153.

O caso da tipificação do crime de desaparecimento forçado parece reforçar o argumento exposto no tópico anterior. Como explicar a posição cambiante do parlamento de acordo com a matéria discutida? As comissões que analisavam

61 “No caso do desaparecimento forçado de pessoa, com mais razão ainda, impõe-se a ação do Parlamento diante da decisão da Corte Interamericana”

62 Art. 149-A, § 8º Os delitos previstos neste artigo são imprescritíveis, ressalvado o alcance da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

os projetos de lei que pretendiam alterar a lei de anistia argumentaram que o Judiciário brasileiro não estava obrigado a seguir a decisão da Corte IDH, que o projeto violava decisão do STF na ADPF 153 e que seria inviável politicamente, etc. No caso da tipificação do crime, todos os relatórios confirmam, em alguma medida, que a alteração no Código Penal é uma exigência estabelecida pela Corte IDH e pelos parâmetros internacionais criados por tratados sobre direitos humanos ratificados pelo país.

A diferença de posicionamento pode ser explicada pela certeza de que a tipificação do crime não atingiria os militares que cometeram o crime durante a ditadura, não apenas pela coalizão política (Legislativo e Executivo) receosa em assumir o custo político de interferir nos interesses dos militares, mas, principalmente, no caso, da resposta positiva do Judiciário acerca da prescribibilidade dos crimes, sobre a ausência de tipificação no momento do cometimento do crime e a recepção da lei de anistia como um acordo de pacificação para uma transição democrática. Ou seja, ainda que o projeto de lei preveja o caráter permanente do crime, o tipo nunca alcançará aqueles que foram anistiados em 79. Dessa forma, cumprir integralmente no ponto com a decisão interamericana não será um problema, por estar de acordo com interesses do Legislativo, Executivo e Judiciário.

## **Conclusões**

O cumprimento de sentenças da Corte IDH, especialmente, nos casos de reparações que exigem adequação do direito interno, depende da formação de coalizões pró-cumprimento, compostas pelos poderes políticos, bem como por membros da sociedade civil organizada ou não. Diferentes países podem constituir diferentes coalizões, sensíveis aos problemas enfrentados e aos contextos que influenciam a autoridade das decisões da Corte IDH nos diferentes Estados.

Para comprovar a tese, uma análise comparativa se fez necessária, tendo em vista a natureza contextual da autoridade das decisões da Corte IDH. Do lado Argentino, os casos *Kimel* e *Bulacio* demonstram como o contexto de mobilização da sociedade civil (organizada ou não) exerce importante papel na formação de coalizões pró-cumprimento, por conta da utilização do litígio estratégico e do discurso de direitos. O cumprimento da medida no caso *Kimel* pode ser

explicado pela mobilização sistemática e estratégica dos jornalistas, servindo de ponto de inflexão para a alteração dos interesses dos poderes políticos.

Por outro lado, no Brasil, a ausência de mobilizações da sociedade civil mantém a pauta política dormente, tendo em vista que os poderes políticos convergem no interesse de manter a lei de anistia, considerada como instrumento fundamental para a atual democracia brasileira. Além da falta de apresentação de projetos para revogar ou alterar a lei (Executivo) e de decisões judiciais favoráveis à constitucionalidade da anistia (ADPF 153), o Poder Legislativo brasileiro evita revolver o tema, tendo em vista que apenas dois projetos foram apresentados, e ambos por políticos situados à esquerda do espectro político.

No caso argentino (*Bulacio*), a probabilidade de alterações legislativas ocorrerem no sentido de alguma forma de cumprimento parcial, pois as duas casas legislativas apresentaram projetos sobre o tema, ainda que não haja consenso quanto à caracterização do viés da futura lei. Além da pressão dos organismos internacionais de Direitos Humanos (OEA e ONU), ONG's de proteção dos direitos das crianças e adolescentes mobilizam esforços para manter a pauta da proteção crimina de jovens na ordem do dia.

## Referências

ALTER, Karen J, HELFER, Laurence R, MADSEN, Mikael R. How context shapes the authority of international courts. *Law and Contemporary Problems*. vol. 79, nº 01, 2016, p. 01-32.

ALTER, Karen J. Tipping the Balance: International Courts and the Construction of International and Domestic Politics. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, No. 13, 2011, p. 01-22.

ANAGNOSTOU, Dia; MUNGIU-PIPPIDI, Alina. Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter. *The European Journal of International Law*, 2014, Vol. 25 No. 1, 205–227.

ARGENTINA. *La jurisprudencia de la Corte IDH en los casos contra la República Argentina*. La mirada de sus protagonistas. Buenos Aires: INFOJUS, 2015.

BAILLIET, Cecilia M. Measuring compliance with the Inter-American Court of Human Rights: The ongoing challenge of judicial independence in Latin America. *Nordic Journal of Human Rights*, 2013, vol 31 n (4), 477–495.

BASCH, F., & al. A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento das decisões. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 7, nº 12, 2010, p. 9-35.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando. Juiz e Historiador, Direito e História: Uma Análise Crítico-Hermenêutica da Interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. *Novos Estudos Jurídicos* (UNIVALI), vol. 17, p. 185-205, 2012.

BERTONI, Eduardo; DEL CAMPO, Agustina. *Calumnias e Injurias: A Dos Años De La Reforma Del Código Penal Argentino*. Centro de Estudios em Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo: Argentina, 2012.

BRASIL. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

\_\_\_\_\_. *Relatório / Comissão Nacional da Verdade*. Vol. 1. Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; UBÉDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011.

CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Direito e Práxis*., Rio de Janeiro, Vol. 8, N. 2, 2017, p. 1286-1355.

CARDOSO, Helvisney dos Reis. Universidade de Brasília – Unb Instituto de Relações Internacionais Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais. *Do Julgamento À Justiça: Determinantes Da Implementação De Medidas Do Sistema Interamericano De Direitos Humanos Pelo Estado Brasileiro*. 2016. Brasília – DF.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Impunidade no Brasil: Colônia e Império. *Estudos avançados*, São Paulo , v. 18, n. 51, p. 181-194, Aug. 2004.

D'ARAUJO, Maria Celina. O estável poder de veto Forças Armadas sobre o tema da anistia política no Brasil. *Varia Historia*, Belo Horizonte , v. 28, n. 48, p. 573-597, Dec. 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-127.

EIROA, Pablo D. La Eficacia de las Decisiones de los Órganos Interamericanos de Protección de los Derechos Humanos en Argentina. In.: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 25-53.

FARER, Tom. The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox. In.: *The Inter-American System of Human Rights*, (ed). David Harris and Stephen Livingstone. New York: Oxford University Press, 1998, 31-64.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. <<http://www.mdzol.com/opinion/717739-el-consenso-y-los-peligros-de-un-frankestein-penal-juvenil/>> 6 de Febrero de 2017 | 10:19

GONGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In.: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Elsevier: Rio de Janeiro, 2013, p. 312-337.

GONZÁLEZ-SALZBERG, DAMIÁN Do States Comply with the Compulsory Judgments of the Inter-American Court of Human Rights? An Empirical Study of the Compliance with 330 Measures of Reparation. *Revista do IBDH*. Vol. 13, p. 93-114, 2013.

\_\_\_\_\_. La Implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un Análisis de los Vaivenes Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *SUR*, v. 8 , n. 15, 2011, p. 117-135.

GRUGEL, Jean, and PERUZZOTTI, Enrique. 2012. The Domestic Politics of International Human Rights Law: Implementing the Convention on the Rights of the Child in Ecuador, Chile, and Argentina. *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, nº 1, p. 178–98.

HAWKINS, D.; JACOBS, W. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, 6(1), 2010, pp. 35–85.

HILLEBRECHT, Courtney. *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals*. Cambridge: CUP, 2014.

\_\_\_\_\_. The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012, p. 959-985.

HUNEEUS, Alexandra. Constitutional Lawyers and the Inter-American Court's Varied Authority. *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, 2016, p. 179-203.

JOROLINSKY, Karen. Proyectos de Ley penal juvenil. Caracterizaciones sobre Juventud. *X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, p. 01-28.

LUPU, Yonatan. Legislative Veto Players and the Effects of International Human Rights Agreements. *American Journal of Political Science*, Vol. 59, No. 3, 2015, p. 578-594.

MARTÍN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do*

Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2012, 303 f. Tese (doutorado da Universidade Federal de Minas Gerais Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Direito), Belo Horizonte, 2012.

MEZAROBBA, Glenda. Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: O Difícil Rompimento Com o Legado da Ditadura no Brasil. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 07, nº 13, dez, p. 07-25, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. Brasil. In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord.) *Transitional Justice. Reports from Latin America, Germany, Italy and Spain*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2009, p. 171-201.

NUÑES POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos, In.: NUÑES POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (Coord.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. UNAM: México, 2012, p. 03-49.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. 2<sup>a</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Criminal Defamation and the Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, nº 01, jan., p. 379-432, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.). *Crimes da Ditadura Militar*. São Paulo: RT, 2011, p. 73-86.

RISLEY, Amy. From “Perverse” to Progressive?: Advocating for Children’s Rights in Argentina. *International journal of Children’s Rights*, vol. 20, 2012, p. 72-89.



SHELTON, Dinah. *Remedies In International Human Rights Law*. 2d ed. OUP: Oxford. 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie; RATNER, Steven R. Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers. *American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, p. 291-302, 1999.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-60.

TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil Cinco anos Depois: Histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês (Coord.). *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 525-560.

TISCORNIA, Sofía. Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales: revisando cuestiones para pensar las políticas públicas de seguridad. *ARACÊ – Direitos Humanos em Revista*, nº 01, 2014, p. 24-33.

\_\_\_\_\_. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales: El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Del Puerto/CELS, 2008.

TSEBELIS, George. Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism. *British Journal of Political Science*, Vol 25, n. 3, Jul. 1995, p. 289-325.

VASILE, Virginia; REYES, Fabiana; PERRIELLO, Alejandra; OLAETA, Hernán. Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Un aporte hacia el desarrollo de políticas públicas en la materia. In.: VASILE, Virginia; REYES, Fabiana. *Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal*. Buenos Aires : Infojus, 2012, p. 01-22.

VIEIRA, Oscar Vilhena *et alli*. *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: institucionalização e política*. São Paulo: Direito GV, 2013.

*Breno Baía Magalhães*  
*Débora Regina Mendes Soares*  
*Giulia Santos de Vasconcelos*

WEICHERT, Marlon Alberto. Suprema Impunidade no Julgamento da ADPF 153. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal - Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 955-979.

# Ejecución de Decisiones Internacionales en Materia de Derechos Humanos por Tribunales Domésticos en Argentina: el Giro a Partir del Caso “Fontevicchia”

*Julieta Rossi*<sup>1</sup>

## Introducción

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el ámbito interno de los países de América Latina es un tema innegable de agenda política y académica respecto del cual se presentan importantes desafíos. Este foco de atención se corresponde con el creciente peso que el DIDH ha adquirido como fuente de derecho de los ordenamientos jurídicos domésticos en los países de la región y por tanto, en la progresiva adecuación de la jurisprudencia y la utilización de estándares internacionales por parte de los tribunales nacionales así como en la creación de institucionalidad pública en los ámbitos legislativo y ejecutivo para facilitar el proceso de adaptación y ajuste. En particular, se han generado y en algunos casos implementado propuestas legislativas y reglamentarias dirigidas a regular mecanismos internos para la aplicación y ejecución de decisiones adoptadas en foros contenciosos internacionales.

Ahora bien, la incorporación y aplicación del DIDH en el ámbito estatal interno no ha sido lineal ni pacífica. Dado que el derecho internacional de los

---

1 Profesora regular de la Universidad Nacional de Lanús (Argentina) e investigadora del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la misma universidad. Docente regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del programa de maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de San Martín y de la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Magister en Derecho de Interés Público de la Universidad de Nueva York y Doctoranda en Derechos Humanos de la Universidad de Lanús. La investigación y extracto de los casos de la Corte Suprema que se reseñan en este documento estuvo a cargo de Martina Olivera y Alejandro Fernández, estudiantes avanzados de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires e investigadores ad hono rem del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. A ellos un agradecimiento especial por su valiosa colaboración.

derechos humanos, y las interpretaciones que de él realizan los órganos autorizados deben convivir con normas, regulaciones y prácticas nacionales, su efectivo ingreso al ámbito local está condicionado por una serie de cuestiones, entre las que pueden mencionarse, los mecanismos constitucionales y legales previstos para la incorporación de los tratados al sistema constitucional nacional, la jerarquía y el carácter operativo o programático de las disposiciones internacionales, el valor asignado a la jurisprudencia internacional, los mecanismos internos previstos para la ejecución de decisiones internacionales en el marco de casos contenciosos, el impacto del federalismo en la aplicación de los pactos internacionales, etc.

En este sentido, cuando un Estado ratifica un tratado y acepta la competencia de los órganos de aplicación y supervisión, asume la obligación de aplicar sus decisiones. Dentro de las competencias de los órganos de supervisión del sistema interamericano y del sistema universal de protección de derechos humanos concurren las de emitir recomendaciones, informes y directrices y dictar sentencias en casos contenciosos. En estos supuestos, suelen ordenarse remedios que consisten en la implementación de acciones positivas precisas tendientes a hacer efectiva la responsabilidad internacional de respetar y garantizar los derechos humanos.

De este modo, tales decisiones pueden obligar a los Estados a adecuar la normativa y las prácticas institucionales y/o a adoptar nuevas regulaciones administrativas y legislativas, políticas públicas e incluso dejar sin efecto decisiones judiciales de tribunales domésticos y reabrir investigaciones penales o administrativas. Por ello, el modo de incorporación y la armonización entre el derecho internacional en esta materia y el derecho interno es vital para que los derechos previstos en los instrumentos internacionales puedan ser ejercidos de manera efectiva en el territorio de un Estado.

En este marco, se han producido avances considerables en la aplicación doméstica del derecho internacional de los derechos humanos en América Latina<sup>2</sup>. Sin embargo, también se presentan importantes desafíos para que la incorporación del marco de derechos humanos se materialice plenamente. Al compás de la implementación de políticas regresivas en materia de derechos humanos

---

2 Por ejemplo, sobre la incidencia y desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las adecuaciones a los instrumentos interamericanos en el ámbito doméstico de los Estados latinoamericanos, véase *Revista Aportes, Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, N° 16, año 5.

en varios países de la región, en Argentina se registran severos retrocesos en la materia. Es muestra elocuente de ello, la reciente jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en el caso “Fontevécchia”<sup>3</sup> que en un cambio abrupto de la doctrina mantenida hasta el momento, pone en duda el valor vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana) y limita las posibilidades de su implementación. En igual sentido se inscribe la sentencia de aquel tribunal en el caso “Muiña”<sup>4</sup>, donde haciendo caso omiso de estándares internacionales, habilita –a partir de la aplicación de la ley 22.390 la reducción del período de privación de libertad a militares condenados por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico militar<sup>5</sup>, para nombrar las más resonantes.

En igual dirección de resistencia al DIDH, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) puso en entredicho la obligación estatal de cumplir con las decisiones provenientes de organismos internacionales de derechos humanos, en tanto a más de 8 meses de la exhortación del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas al gobierno argentino de liberar a la militante social y política Milagro Sala<sup>6</sup>, aquella se encuentra incumplida. En la misma lógica se inscribe el decreto del PEN N° 70/2017 que desarticula principios y derechos básicos previstos en la Ley 25.871 de Migraciones, ley considerada modelo en la región debido a la incorporación del enfoque de derechos humanos en sus disposiciones. Y el intento –finalmente infructuoso– de designar en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a Horacio de Casas, una persona que no reunía las condiciones de idoneidad necesarias para el cargo ni estaba ligado a la defensa y promoción de los derechos humanos<sup>7</sup>.

3 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Causa 368/1998(34-M)/CSI, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevécchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (caso “Fontevécchia”), 14 de febrero de 2017.

4 CSJN, Causa 1574/2014/RHI, “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/Recurso Extraordinario” (caso “Muiña”), 3 de mayo de 2017.

5 La ley 22.390 establece que a partir de los dos años de prisión sin condena firme se cuenta cada día de prisión preventiva como “dos de prisión o uno de reclusión”. El beneficio es conocido como 2x1.

6 Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas, Opinión 31/2016 del 27 de octubre de 2016 donde el grupo determinó que la detención de la dirigente social Milagro Sala es arbitraria y por lo tanto se debe proceder a su inmediata liberación. Dicha conclusión se reitera en el informe del grupo de trabajo, “Hallazgos preliminares de la visita a la Argentina (8 al 18 de mayo de 2017)”.

7 Ante la postulación de Carlos Horacio de Casas como candidato del Estado argentino a la CIDH, más de 130 organizaciones –de derechos humanos, sindicatos, de los movimientos campesinos, asociaciones

En este contexto, el diálogo transnacional y el intercambio de información y de buenas prácticas entre los distintos países latinoamericanos es un elemento clave hacia la visibilización de los problemas y desafíos comunes así como de los restos específicos para cada país, con miras, en última instancia, a consolidar regímenes democráticos basados en el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Este artículo hará foco en la evolución registrada por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina vinculada a la ejecución de las decisiones emanadas de tribunales y órganos internacionales de derechos humanos en casos contenciosos. En especial, se analizará cómo ha evolucionado la jurisprudencia en torno al carácter vinculante de esas decisiones y los modos de efectivizar esas decisiones en el ámbito judicial, tomando como parteaguas el giro profundo que parece suponer el mencionado caso “Fontevicchia”.

## **1. La ejecución de decisiones emanadas de tribunales internacionales de derechos humanos en casos contenciosos por tribunales domésticos: El caso argentino**

Los modos de cumplimiento de las decisiones internacionales son múltiples y variados y requieren en general de la intervención de los distintos poderes del Estado, en función de las características de los remedios ordenados en las sentencias internacionales para cumplir con las reparaciones identificadas. La necesidad de una intervención multiagencial se acrecienta cuando los sistemas internacionales enfrentan violaciones generalizadas de derechos fundamentales producto de injusticias sociales, económicas y culturales, una realidad común en los países de América Latina.

---

que trabajan en temas de justicia, igualdad de género, medioambiente, derechos LGBTI y libertad de expresión— impugnaron su candidatura. En igual sentido, dos ex presidentes de la CIDH, Robert Goldman y Juan Méndez, enviaron una nota al presidente argentino Mauricio Macri para objetar su postulación y más de sesenta académicos solicitaron a la Cancillería que retire la propuesta. Además, un panel internacional de Expertos Independientes que analizó los antecedentes de todos los candidatos a integrar la Comisión, cuestionó al candidato argentino. A partir de su currículum, su trayectoria profesional y sus publicaciones, el panel expresó “su preocupación acerca del cumplimiento del requisito de reconocida competencia en materia de derechos humanos por parte del candidato” (cfr. CELS, comunicado “La OEA debe rechazar al candidato argentino para la CIDH”, 19 de junio de 2017).

Una vez que los órganos o tribunales internacionales emiten una recomendación o sentencia en el marco de un caso contencioso, el Estado debe actuar de acuerdo al principio básico del derecho internacional público *pacta sunt servanda* que indica que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe" (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados)<sup>8</sup>. Tal disposición se complementa con la contenida en el artículo 27 del mismo instrumento que establece en relación al derecho interno y la observancia de los tratados que "un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

Al mismo tiempo, los propios tratados de derechos humanos generalmente contemplan disposiciones específicas sobre el deber estatal de aplicar sus normas en el ámbito interno. De esta manera, por ejemplo, el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, plantea de forma explícita el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno, legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades allí reconocidas cuando no estuvieran ya garantizadas. Cabe hacer notar que el deber estatal no se agota en adaptar la infraestructura legal a los requerimientos de los pactos de derechos humanos. En palabras de la Corte IDH, los Estados tienen "el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"<sup>9</sup>. En suma, la conducta gubernamental debe asegurar una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>10</sup>.

---

8 Dicha convención fue aprobada en nuestro país por Ley N° 19865 del 3/10/1972.

9 Corte IDH, caso "Velázquez Rodríguez vs. Honduras", sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 166. La Corte expresa además: "Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (Corte IDH, caso "Velázquez Rodríguez vs. Honduras", cit., párr. 166).

10 A este respecto la Corte IDH ha expresado que "La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte IDH, caso "Velázquez Rodríguez vs. Honduras", cit., párr. 167).

No obstante, los tratados no suelen señalar las modalidades o medidas específicas para integrar las disposiciones internacionales en el orden interno, sino que este es un campo librado a la discreción estatal. Las precisiones en el cumplimiento suelen derivar de las recomendaciones o sentencias emitidas por los órganos de supervisión, luego de la tramitación de casos contenciosos o en ocasiones, en el marco del sistema de control a partir de informes periódicos. Por supuesto que las autoridades nacionales, incluidas las judiciales, deben tener cierto grado de apreciación autónoma en la aplicación de los tratados y decisiones internacionales, incluso deberán resistir la implementación de decisiones absurdas (FILIPPINI; GOS; CAVANA, 2010). A fin de preservar este margen de acción, los órganos internacionales han elaborado la doctrina de la cuarta instancia y del margen de apreciación nacional (PINTO, 2008, p. 255-263). En definitiva, la promoción de un diálogo constructivo entre las cortes nacionales y las internacionales es vital para una implementación óptima del marco internacional de derechos humanos.

En este marco, en el caso de las decisiones que emanan de órganos judiciales internacionales, como es el caso de la Corte Interamericana, los Estados tienen el deber de llevar adelante todas las acciones necesarias para implementarlas, en tanto revisten carácter obligatorio. La propia Convención Americana establece la obligatoriedad de sus sentencias dictadas en casos contenciosos. Además estipula que, en el caso de las sentencias de la Corte IDH que ordenan compensaciones pecuniarias, éstas se ejecutarán a través del procedimiento interno para la ejecución de sentencias contra el Estado<sup>11</sup>.

Para el caso de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de los comités de aplicación de tratados que no revisten carácter judicial, los Estados han asumido, como mínimo, un deber preciso de cumplirlas de buena fe. Su cumplimiento no queda librado a la discreción o buena voluntad de los Estados. Los Estados deben actuar de buena fe haciendo sus mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones. Según la Corte IDH, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tra-

---

11 El artículo 68 de la CADH estipula: "1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".



tado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana, que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos<sup>12</sup> en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)<sup>12</sup>.

El Estado argentino asumió claros deberes en materia de derechos humanos a partir de la ratificación de los principales tratados de derechos humanos una vez restablecida la democracia en los 80s y particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994 que les otorgó jerarquía constitucional. Desde aquel momento la agenda de derechos humanos ha sido central en la historia política e institucional de nuestro país, cuyo núcleo medular ha sido el proceso de Memoria, Verdad y Justicia por los crímenes de lesa humanidad cometidos en ese período. El derecho internacional de los derechos humanos y la intervención de instancias supranacionales del ámbito universal e interamericano han sido claves en múltiples ocasiones para profundizar aquel proceso y reactivarlo cuando quedó trunco por las leyes de Obediencia Debida, Punto Final y los indultos presidenciales. La propia Corte Suprema en el caso "Simón"<sup>13</sup> posibilitó la reanudación de los juicios contra los militares, aplicando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos vs. Perú". Pero además, en los últimos años ese tribunal ha venido ensanchando el alcance y contenido de derechos humanos constitucionalizados a través de la aplicación sistemática de las interpretaciones y jurisprudencia de los órganos de control de los tratados internacionales<sup>14</sup>.

A pesar de este panorama favorable, como señalamos en la introducción, en coincidencia con el cambio de gobierno y en la composición de la Corte Suprema a partir de diciembre de 2016, una serie reciente de decisiones de ese tribunal ha venido a poner en duda el valor del derecho internacional de los derechos humanos y su consideración en el ámbito judicial específicamente, pero con implicancias para todos los poderes del Estado. Ello va en tándem

12 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, 1997, sentencia del 17 de septiembre de 1997 (Fondo), párr. 80.

13 CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad –causa N° 17.768–", 14 de junio de 2005.

14 Véase Pinto (2007).

con la postura del Poder Ejecutivo Nacional de resistirse al cumplimiento de la resolución internacional en el caso de Milagro Sala, quien no ha siquiera desplegado esfuerzos de buena fe en pos de su acatamiento y otras medidas y acciones de tenor similar.

Este giro en la consideración del DIDH resulta particularmente llamativo si tomamos en cuenta que la postura aperturista de la Corte Suprema se fue profundizando a través del tiempo, de modo reflexivo y gradual, hasta consolidarse como una doctrina que, se avizoraba no podría sufrir retrocesos, sino sólo ampliaciones en favor de maximizar la protección de los derechos humanos. Pero además, este cambio aparece infundado, escasamente meditado y presenta serios problemas de argumentación. En efecto, la decisión desdeña o incluso parece desconocer principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional público así como la estructura de funcionamiento de los sistemas de protección de derechos humanos, según veremos más adelante. En definitiva, esta resolución pone en jaque el camino transitado hacia la integración plena del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno así como la eficacia del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En lo que aquí interesa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había establecido, en una serie de precedentes, el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana emitidas en el marco de casos contenciosos y el deber de cada uno de los poderes del Estado de llevar adelante las acciones necesarias para ejecutarlas en el ámbito de sus respectivas competencias. Sin embargo, esta tendencia según ya adelantamos, ha sufrido un vuelco abrupto en junio de 2016 con la nueva integración del tribunal que quedó compuesta con dos magistrados adicionales nombrados durante el gobierno de Mauricio Macri, de la alianza partidaria Cambiemos, de orientación conservadora y neoliberal: ellos son Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti<sup>15</sup>, jueces que aceptaron ser nombrados por el Poder Ejecutivo en comisión<sup>16</sup>, un mecanismo de dudosa constitucionalidad, aunque finalmente y debido al rechazo judicial, político y social generalizado,

---

15 Los jueces que completan la Corte son Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda.

16 El artículo 99, inciso 19 de la Constitución establece que el Presidente “puede llenar las vacantes de los empleos, que requieren acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura”

debieron someterse a los pasos estipulados en la Constitución Nacional para el nombramiento ordinario de los jueces del máximo tribunal.

Si bien las posturas anteriores de los dos jueces podían preanunciar un cambio en la orientación de la Corte con respecto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, no era posible prever una alteración de tal magnitud y en temas tan sensibles y gravosos para la sociedad argentina como el referido al proceso de Memoria, Verdad y Justicia<sup>17</sup>. Las impugnaciones de organizaciones sociales que recibieron estos candidatos en el trámite ante el Senado de la Nación realizaron este señalamiento. En el caso de Rosenkrantz, éste había publicado artículos académicos abogando explícitamente por una visión restringida de la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno (ROSENKRANTZ, 2003). Esta postura recibió una sólida refutación centrada en sostener que el derecho internacional de los derechos humanos no es un derecho exógeno a nuestro ordenamiento jurídico sino que es parte de él, por decisión democrática de nuestros constituyentes (FILIPPINI, 2007).

Por su parte, los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti, de modo inesperado e injustificado se plegaron a la posición liderada por Rosenkrantz y Rosatti, modificando la postura que venían sosteniendo en casos previos<sup>18</sup> y conformando la mayoría que dio origen a la decisión en el caso "Fontevicchia".

En lo que sigue, se detallan los casos más relevantes donde la Corte Suprema ejecutó decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordenaban revisar sentencias de tribunales nacionales e incluso recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando que aquellas revisten carácter obligatorio para el Estado argentino y por tanto, para el poder judicial, como uno de los poderes del Estado.

---

17 Tanto Rosenkrantz como Rosatti fueron impugnados por la mayoría de los organismos defensores de los derechos humanos, incluyendo la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), las Abuelas de Plaza de Mayo, H.I.J.O.S y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Estos objetaron a ambos con el argumento de que convalidaron el procedimiento de designación por un decreto presidencial al que califican de "irregular y de dudosa constitucionalidad". El CELS sostuvo además que ambos jueces tienen "posturas regresivas en temas vinculados a la protección de derechos y la aplicación de derecho internacional de los derechos humanos, así como por sus posiciones respecto de la relación entre el derecho, la política, el mercado y el Estado".

18 La Jueza Highton de Nolasco sostuvo la postura a favor del cumplimiento de sentencias de la Corte IDH en los casos "Espósito", "Derecho" y "Mohamed". El juez Lorenzetti sostuvo esta postura en el caso "Mohamed".

## 2. La Corte Suprema y la ejecución de sentencias de la Corte IDH y recomendaciones de la Comisión IDH

### 2.1) La jurisprudencia hasta el caso “Fontev ecchia” (2004-2017)

Los casos más relevantes donde se sostuvo una posición de gran apertura y recepción del derecho internacional de los derechos humanos, en particular de las decisiones de órganos judiciales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos son “Espósito” (2004), “Derecho” (2011) y “Mohamed” (2015). Vale destacar que estos casos fueron decididos por la Corte en su composición renovada al inicio del gobierno de Néstor Kirchner. Previo a ello, el caso Cantos había adoptado una posición restrictiva, en la que sin embargo, el voto en minoría preanunciaba la postura que luego adoptaría la mayoría de la Corte Suprema en su nueva integración a partir de 2003, que reseñaremos en último lugar.

#### *Caso “Espósito” (2004)*<sup>19</sup>

El caso de Miguel Angel Espósito, imputado por el asesinato del joven Walter David Bulacio, llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación tras haber sido sobreseído por prescripción de la acción penal. Con los argumentos que a continuación se detallan, la Corte Suprema decidió que se debía hacer lugar al recurso, revocar la sentencia que sobreseía a Espósito y dictar un nuevo pronunciamiento por el tribunal de origen. De ese modo, declaró procedente el recurso extraordinario (aunque en principio consideró que las cuestiones llevadas a su conocimiento eran ajenas al mismo) y revocó la sentencia que había declarado prescripta la acción penal.

---

19 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, 23 de diciembre de 2004.

La Corte determinó –aunque distintos jueces votaron con fundamentos propios<sup>20</sup>, que la sentencia de la Corte IDH en el caso “Bulacio vs. Argentina”<sup>21</sup> por la que se declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la deficiente tramitación de la causa penal destinada a investigar y sancionar a los responsables de la muerte del joven Bulacio, resultaba “de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”. Por ende, estimó que “también la Corte, en principio, debía subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”<sup>22</sup>.

Los jueces Petracchi y Zaffaroni, en primer lugar, se refirieron a la admisibilidad del recurso extraordinario, sosteniendo que, en principio, los agravios presentados por el recurrente no suscitaban cuestión federal. Sin embargo, puntualizaron que *“no puede soslayarse la circunstancia de que ... el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 18 de septiembre de 2003 en el caso ‘Bu-*

---

20 En ese entonces, la Corte Suprema estaba compuesta por los jueces Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raul Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco.

21 Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100. Los hechos del Caso Bulacio se relacionan con una detención masiva realizada por la Policía Federal Argentina. Entre las 80 personas detenidas se encontraba Walter David Bulacio, de 17 años. Luego de su detención, Bulacio fue trasladado a una comisaría donde fue golpeado en numerosas ocasiones por agentes policiales. Después de haber sido liberado, tuvo que ser ingresado a un hospital, donde muere el 26 de abril de 1991. En la sentencia del 18 de septiembre de 2003, la Corte IDH determinó que Argentina había vulnerado los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter Bulacio y los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la misma Convención en perjuicio de Walter Bulacio y sus familiares, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Ante ello, determinó las siguientes reparaciones: que se prosiga y concluya la investigación penal, que se adopten medidas legislativas para que el hecho no se vuelva a repetir, que se publique la sentencia y que abone una indemnización.

22 CSJN, “Espósito”, cit., considerando 5. En el caso, la Corte reconoce “que se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional (considerando 16).

*lacio vs. Argentina* en el que se declara la responsabilidad internacional del Estado Argentino –entre otros puntos– por la deficiente tramitación de este expediente”.

Agregan que según la sentencia interamericana, “la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino”.<sup>23</sup>

Luego, los jueces plantean la problemática de que cumplir con lo requerido por la Corte IDH implicaría restringir fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, ambos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como derechos del imputado.<sup>24</sup> Sin embargo, sortean la cuestión afirmando que las restricciones mencionadas fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención. Concluyen que “a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”.<sup>25</sup>

Por su parte, los jueces Belluscio y Maqueda arribaron a la misma conclusión afirmando que la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH proviene de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos -artículo 68.1-, que ha sido ratificado por el Estado Argentino y, por ende, debe cumplirlo.<sup>26</sup>

El juez Boggiano hizo referencia al reconocimiento que ha hecho la Corte Suprema sobre el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH<sup>27</sup> y que la obligación de reparar no se agota con la indemnización, sino que comprende la efectiva investigación y la sanción de los responsables.<sup>28</sup> En este sentido, el juez entiende que “la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en esta causa, como parte del deber reparatorio que incumbe al Estado Argentino, resulta de conformidad con la ley interna, en atención a las circunstancias particulares de la causa, y a las normas de la Convención según la inteligencia que le ha otorgado esta Corte por referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana

---

23 CSJN, “Espósito”, cit., considerando 10.

24 CSJN, “Espósito”, cit., considerando 16.

25 CSJN, “Espósito”, cit., considerando 1.

26 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Belluscio y Maqueda, considerando 9.

27 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Boggiano, considerando 9.

28 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Boggiano, considerando 11.

de Derechos Humanos (punto resolutivo 4 caso *Bulacio vs. Argentina*)”<sup>29</sup>. El juez descartó la aplicación de la imprescriptibilidad al delito cometido por Espósito, pues no se trataba de un crimen de lesa humanidad.<sup>30</sup>

Por último, Boggiano realizó un extenso análisis del art. 75 inc. 22 y la forma en que se incorporan los tratados internacionales al derecho interno argentino, concluyendo que *“deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente”*.<sup>31</sup> En este sentido, entiende Boggiano que la sentencia en donde se dispone la prescripción de la acción penal en contra de Espósito no resulta una derivación razonada del derecho vigente y, por ello, se debe dictar un nuevo pronunciamiento.<sup>32</sup>

La jueza Highton de Nolasco, por su parte, reafirma también que la decisión de la Corte IDH resulta de cumplimiento obligatorio, *“por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”*.<sup>33</sup> Además, hizo referencia al derecho de las víctimas a la protección judicial, que se vería vulnerado en el caso de que se haga lugar a la prescripción de la acción penal en contra de Espósito.<sup>34</sup>

Por último, el juez Fayt si bien se sumó al voto de la mayoría en tanto descalifica la sentencia de la instancia anterior, que declaró prescripta la acción penal, sus argumentos se centraron en el carácter arbitrario de la decisión por carecer de una debida fundamentación. El juez reconoce el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH y que la obligación de reparar no incluye solamente el pago de una indemnización sino que también comprende otro tipo de reparaciones.<sup>35</sup> Sin embargo, el juez refirió que esto no puede traer aparejado la restricción a los derechos procesales del imputado.<sup>36</sup> Por ello, el juez entiende

---

29 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Boggiano, considerando 15.

30 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Boggiano, considerando 15.

31 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Boggiano, considerando 21.

32 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Boggiano, considerando 23.

33 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Highton de Nolasco, considerando 6.

34 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Highton de Nolasco, considerando 10.

35 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Fayt, considerando 7.

36 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Fayt, considerando 7.

que “*la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en esta causa respecto del imputado Miguel Angel Espósito como parte del deber reparatorio que incumbe al Estado Argentino, nunca puede ser derivación del fallo internacional en cuestión*”,<sup>37</sup> pues ello implicaría que la Corte IDH puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo, en un proceso internacional en donde se declara la responsabilidad internacional de un estado parte.

Agregó Fayt que “*bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) se llegaría a la inicua –cuanto paradójica– situación de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos en los instrumentos cuyo acatamiento se invoca*” –con cita al caso Cantos-.<sup>38</sup>

Luego, cuestiona la aplicación, por parte de la Corte IDH de dos precedentes internacionales, “Barrios Altos” y “Trujillo Oroza”, pues en nada se asimilan al caso de Espósito. El juez entiende que al caso se le deben aplicar las disposiciones comunes de prescripción de la acción penal, mas no la imprescriptibilidad pues no se trata de crímenes de guerra ni de crímenes de lesa humanidad.<sup>39</sup>

También controvierte la aplicación al caso del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual solo encontraría aplicación en el ámbito de la responsabilidad internacional.<sup>40</sup> En el ámbito nacional, por el contrario, “*el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local*”.<sup>41</sup>

---

37 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Fayt, considerando 9.

38 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Fayt, considerando 10.

39 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Fayt, considerando 12.

40 CSJN, “Espósito”, cit., voto de Fayt, considerando 13.

41 CSJN, “Espósito”, voto de Fayt, considerando 13.



### Caso “Derecho” (2011)<sup>42</sup>

En el caso “Derecho”, en el marco de un recurso de revocatoria interpuesto por la parte querellante en una causa donde se discutía la prescripción de la acción penal contra Derecho René Jesús, la Corte Suprema de Justicia dejó sin efecto la sentencia dictada por la propia Corte el 11 de julio de 2007 y dispuso devolver las actuaciones para que se dé cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Bueno Alves vs. Argentina”<sup>43</sup>.

En su sentencia del 11 de mayo de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que Argentina era internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales y protección judicial consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Bueno Alves. A su vez, determinó que el Estado violó el derecho a la integridad personal en perjuicio de las señoras Tomasa Alves De Lima, Inés María del Carmen Afonso Fernández, Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno, y del señor Juan Francisco Bueno. Ante ello, la Corte IDH determinó una serie de reparaciones consistentes en el pago de una indemnización en concepto de daños materiales, daños inmateriales y reintegro de costas y gastos, la publicación de la sentencia de la Corte IDH y la realización inmediata de las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos del caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. A Derecho se le había imputado el delito de apremios ilegales.

Al momento de dictar sentencia, la Corte Suprema estaba compuesta por Elena Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi, Raul Zaffaroni –quienes votaron de manera conjunta, por Carlos Fayt y Carmen Argibay –ambos en disidencia- y Juan Carlos Maqueda –según su voto-. Como fundamento, la mayoría remitió a las consideraciones expuestas en el precedente “Espósito”, en particular a los votos respectivos de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Highton de

42 CSJN, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal —causa n° 24.079—,” 29 de noviembre de 2011.

43 CSJN, “Derecho”, cit, considerando 4.

Nolasco. El juez Maqueda votó con fundamentos propios, en tanto que Carlos Fayt y Carmen Argibay entendieron que debía rechazarse la presentación.

El juez Maqueda puntualizó que el deber de cumplimiento corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida<sup>44</sup>. Agrega que la Corte Suprema, como uno de los poderes del Estado Argentino, debe cumplir con la tarea de investigar los hechos que dieron lugar a las vulneraciones de las que fue víctima Bueno Alves.<sup>45</sup>

Por su parte, los jueces Fayt y Argibay entendieron que no se debía hacer lugar al recurso interpuesto por la querrela. Para así decidir, manifestaron que el planteo se podía tratar como un pedido de revocatoria que debía ser analizado a la luz de una serie de argumentos. En primer lugar, los jueces afirmaron, tal como lo sostuvo la Corte IDH, que el delito que se le imputaba a René Derecho no constituía un crimen de lesa humanidad y, por ende, no correspondía aplicarle el régimen de la imprescriptibilidad<sup>46</sup>.

En segundo lugar, estiman los jueces que la sentencia de la Corte IDH no puede implicar que la Corte deje sin efecto una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Entenderlo de esa forma, implicaría *“asumir que la Corte Interamericana puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto, que no ha sido parte en el proceso internacional y respecto del cual el*

---

44 CSJN, “Derecho”, cit., voto del juez Maqueda, considerando 3.

45 CSJN, “Derecho”, cit., voto del juez Maqueda, considerando 4. El voto de Maqueda agrega que: “Dicha interpretación ha tenido en cuenta el precedente de esa misma Corte, también pronunciado respecto de nuestro país, en el que se sostuvo que es inadmisibles la invocación de cualquier instituto de derecho interno, entre los que se encuentra la prescripción, que pretenda impedir el cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, en los términos de las obligaciones convencionales contraídas por los Estados. De no ser así, se negaría el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, y se estaría privando al procedimiento internacional de su propósito básico, por cuanto, en vez de propiciar la justicia, traería consigo la impunidad de los responsables de la violación (conf. Caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo. 116).

46 CSJN, “Derecho”, voto disidente de Fayt y Argibay, considerando 6.

tribunal interamericano no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad".<sup>47</sup> De esta forma, se estaría afectando el derecho de defensa del imputado, poniendo al Estado Argentino en la situación de tener que vulnerar nuevamente garantías judiciales, pero ahora de René Derecho. Por último, los jueces consideraron que si se revocaba la sentencia, el delito común por el cual se lo juzgó a Derecho pasaría a ser imprescriptible, contrariando el hecho de que "*la imprescriptibilidad es una regla privativa de los crímenes de lesa humanidad*".<sup>48</sup>

La Corte Interamericana consideró que los hechos denunciados en la instancia internacional por el señor Bueno Alves constituían un caso de torturas, y que si bien "no significaban que debían ser calificados 'per se' como delito de lesa humanidad", sí se trataban de una vulneración grave de derechos humanos (párrafo 87), y dispuso que el Estado argentino debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea (párrafo 211). En cuanto al alcance del deber estadual de investigar, precisó que resulta imperativo y que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por acto o disposiciones normativas internas de ninguna índole (párrafo 90).

### *Caso "Mohamed" (2015)*<sup>49</sup>

En este caso, la República Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación del derecho del señor Oscar Alberto Mohamed a recurrir un fallo condenatorio de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana<sup>50</sup>. A los efectos de dar cum-

47 CSJN, "Derecho", considerando 8.

48 CSJN, "Derecho", voto disidente de Fayt y Argibay, considerando 9.

49 CSJN, Expediente Administrativo 4499/13, Resolución 477/15, 25 de marzo de 2015, pto. 2).

50 Corte IDH, caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255. Los hechos del Caso Mohamed se originan en un accidente de tránsito en el cual Oscar Mohamed atropelló a una mujer, que finalmente falleció. Ante ello, se inició un proceso penal por el delito de homicidio culposo. En la acusación, el fiscal solicitó que se le impusiera a Mohamed la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para conducir por seis años y el pago de las costas procesales. El Juzgado Nacional en lo Correccional Nro. 3 emitió sentencia absolviendo a Oscar Mohamed. Esta sentencia fue apelada

plimiento a la primera reparación, la Corte Suprema de Justicia<sup>51</sup> inició el Expediente administrativo nro. 4499/2013 en el marco del cual ordenó a la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional “...que adopte las medidas conducentes para dar cumplimiento con lo ordenado por la Corte Interamericana”. Ante ello, la Sala I decidió suspender los efectos de la sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 y comunicar esa decisión al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.

Respecto a la reparación relacionada con la adopción por parte del Estado de las medidas tendientes a garantizar al Sr. Mohamed el derecho a recurrir el fallo condenatorio dictado en su contra, la Corte Suprema –en un voto firmado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda– argumentó en la resolución 477/15, del 25 de marzo de 2015, que “*a partir de la reforma consti-*

---

por el Ministerio Público Fiscal y por el representante de la querrela. La Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, condenando a Mohamed “por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y a ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor (arts. 26 y 84 del Código Penal)”, e impuso las costas al condenado. El ordenamiento jurídico que se le aplicó a Mohamed –Código Procesal Penal de 1888- no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir la sentencia condenatoria de segunda instancia. El único recurso disponible era el Recurso Extraordinario Federal, previsto en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dicho recurso fue incoado por la defensa del Sr. Mohamed, solicitándole a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se dispusiera la anulación de la sentencia definitiva ordenándose el dictado de un nuevo fallo. Sin embargo, dicho recurso fue rechazado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones, por lo que recurrió mediante recurso de queja directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recurso que fue, a su vez, desestimado. El 23 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió sobre la petición de Oscar Mohamed y estableció que Argentina era internacionalmente responsable por la violación al derecho a recurrir el fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Por ello, ordenó al Estado la adopción de las siguientes reparaciones: (i) que adopte las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo condenatorio, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana; (ii) que adopte las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de la sentencia condenatoria, y en especial su registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo garantizando el derecho del señor Oscar Alberto Mohamed a recurrir del fallo condenatorio; (iii) que publique, en un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la Sentencia: a) el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el diario oficial; b) el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial; (iv) que pague las cantidades fijadas en la Sentencia por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos.

51 Compuesta en ese momento por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda.

tucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22°, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional"<sup>52</sup>. Ordenó que se designe una nueva sala de la Cámara de Apelaciones para que "proceda a la revisión de la sentencia dictada con fecha 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera en la causa nro. 44.065 "Mohamed, Oscar Alberto- Homicidio culposo", en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos".<sup>53</sup>

### *Caso Carranza Latrubesse (2013)*<sup>54</sup>

La Corte Suprema postuló la obligatoriedad de cumplir con las recomendaciones contenidas en los informes "del artículo 51" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en este caso en particular, con las recomendaciones formuladas en el informe N° 30/97, por lo que el Estado debió indemnizar al actor ante el incumplimiento de las recomendaciones de dicho informe.

Luego de un extenso análisis, el voto de la mayoría conformado por los jueces Maqueda, Zaffaroni, Petracchi y Fayt<sup>55</sup>, sostuvo: "*en conclusión, corresponde desestimar el agravio del Estado Nacional y reconocer el carácter obligatorio para éste de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el Informe N° 30/97 de la Comisión, so riesgo de incurrir en una interpretación opuesta a todas las pautas y criterios de hermenéutica reiteradamente recordados. Es evidente, a juicio de este Tribunal, que dicho resultado es el que impone el "sentido" que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el "contexto" especi-*

52 CSJN, "Mohamed", punto VI.

53 CSJN, Expediente Administrativo 4499/13, Resolución 477/15, 25 de marzo de 2015, punto VI.

54 CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo el Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", 6 de agosto de 2013.

55 El dictamen del Procurador General de la Nación afirmó el carácter no vinculante de las recomendaciones sin más. Para una postura crítica del dictamen véase, Filippini, Leonardo, Gos, Tatiana y Cavana, Agustín, "El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse", cit..

*fico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al «objeto y fin» del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad. Es, a la par, el que mejor responde al principio de “buena fe” y al “efecto útil” de dicho régimen, evitando así el “debilitamiento” del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual «abriga [...] la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional» (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 22) ...»<sup>56</sup>.*

### *Caso Cantos (2003)*

Como sostuvimos, este caso que es previo a la renovación de la Corte Suprema acontecida en el 2003, si bien fue decidido en sentido negativo al cumplimiento de la decisión internacional, es interesante por los matices que presentan alguno de sus votos (en tanto dejaría vías alternativas para obtener el cumplimiento) y por los votos en disidencia que preanunciaban la posición mayoritaria de la Corte a partir del caso “Espósito”.

En el caso Cantos<sup>57</sup> ante el incumplimiento por la provincia de Santiago del Estero de abonar una indemnización en 1986, el señor Cantos presentó una demanda contra la provincia de Santiago del Estero y contra el Estado Nacional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por más de ciento treinta millones de pesos. En 1996, la Corte Suprema rechazó la demanda, imponiéndole

---

56 CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo el Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut”, 6 de agosto de 2013, considerando 18.

57 En 1972, la Dirección General de Rentas de la Provincia de Santiago del Estero efectuó una serie de allanamientos en las dependencias administrativas de las empresas de José María Cantos, por una presunta infracción a la ley de Sellos, y secuestró, sin inventariar, toda la documentación, libros y registros de comercio, comprobantes y recibos de pago de dichas empresas con terceros y firmas proveedoras, así como también numerosos títulos valores y acciones mercantiles. Esto generó un perjuicio económico a la firma, ya que era imposible proseguir normalmente con el giro comercial de las empresas sin los mencionados títulos, así como oponer defensas en los procedimientos de ejecución judicial incoados por terceros acreedores que buscaban saldar obligaciones ya canceladas. Con motivo de los diversos planteos administrativos y judiciales planteados, el señor Cantos fue objeto de constantes persecuciones y hostigamientos. En 1982, sin embargo, llegó a un acuerdo con el gobierno provincial, por el cual éste se comprometía a abonar una indemnización.

En 1986, no obstante, ante el incumplimiento de lo pactado, el señor Cantos presentó una demanda contra la provincia de Santiago del Estero y contra el Estado Nacional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por más de ciento treinta millones de pesos.

al accionante el pago de costas de juicio por la suma aproximada de ciento cuarenta millones de dólares americanos.<sup>58</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante una presentación de la Comisión, declaró que el Estado argentino violó el derecho de acceso a la justicia del señor Cantos consagrados en la Convención Americana y ordenó al Estado a: abstenerse de cobrar al señor José María Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de la misma; fijar en un monto razonable los honorarios regulados; asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero, bajo las condiciones establecidas en el punto anterior; levantar los embargos, la inhibición general y demás medidas que hayan sido decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del señor José María Cantos, para garantizar el pago de la tasa de justicia y de los honorarios regulados<sup>59</sup>.

La Corte Suprema argentina se pronunció a partir de una presentación del Procurador del Tesoro de la Nación, que buscaba dar cumplimiento a los mencionados puntos del pronunciamiento internacional. Sin embargo, en un escueto voto de mayoría, la Corte decidió rechazar esta pretensión por ser violatoria de diversas cláusulas constitucionales que amparaban los derechos de los profesionales intervinientes en el juicio, lo cual implicaría una renuncia por parte de la Corte de su rol de más alto custodio de la Constitución Nacional.<sup>60</sup> A su entender, la reducción de los honorarios de los profesionales en base a un fallo recaído en un procedimiento internacional en el que no habían participado conculcaría los derechos de estos a la propiedad y las garantías judiciales (artículos 17 y 18 CN), e incluso podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado argentino, por la vulneración de tales derechos consagrados en la misma Convención Americana.<sup>61</sup>

En su voto separado, los jueces López y Petracchi afirmaron que el tribunal carece de competencia para modificar una resolución pasada en autoridad de

58 Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 7.

59 Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 77.

60 CSJN, "Resolución 1404/2003, Procurador del Tesoro de la Nación s/ presentación" (caso "Cantos"), 21 de agosto de 2003, considerando 3.

61 CSJN, caso "Cantos", cit., considerando 4.

cosa juzgada, por lo cual le correspondería al Presidente de la Nación, ya sea en el marco de sus propias atribuciones o mediante la iniciativa legislativa, proveer lo conducente para la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana.<sup>62</sup>

En su disidencia, el juez Antonio Boggiano declara que, conforme al texto expreso de la Convención Americana, los fallos de la Corte tienen efectos vinculantes y los Estados se comprometen a cumplirlos.<sup>63</sup> Por lo tanto, la Administración Federal de Ingresos Públicos debe abstenerse de ejecutar la tasa de justicia y la multa por falta de pago y el Estado Nacional debe asumir el pago de los honorarios profesionales.<sup>64</sup> En lo referente a la reducción de los emolumentos, estima que debe correrse traslado a los profesionales para que expresen su opinión, ya que pese a lo que pareciera sugerir la sentencia de la Corte de San José, a entender del magistrado, no puede ser ésta interpretada de modo tal que su aplicación suponga la violación de la Convención Americana.<sup>65</sup>

Por último, el voto disidente del juez Juan Carlos Maqueda reafirma la obligación que tiene la Corte Suprema de velar por la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, deber atinente a todos los jueces, aun a falta de reglamentación legislativa.<sup>66</sup> En el cumplimiento de esta manda la falta de intervención de los profesionales no debería ser un obstáculo.<sup>67</sup> Así pues, como el fallo de la Corte Interamericana se habría originado por la sentencia de la Corte Suprema de 1996, le corresponde a ésta proveer lo conducente para su cumplimiento. A este fin, debe ordenar al Estado Nacional que no ejecute la tasa de justicia y abone los honorarios.<sup>68</sup>

## 2.2. La jurisprudencia desde el caso “Fontevicchia”

Como mencionamos, de manera reciente, la Corte Suprema ha variado la postura mantenida desde hace más de una década sobre el carácter vinculante

---

62 CSJN, caso “Cantos”, cit., voto de López y Petracchi.

63 CSJN, caso “Cantos”, cit., voto de Boggiano, considerando 4.

64 CSJN, caso “Cantos”, cit., voto de Boggiano, considerando 5.

65 CSJN, caso “Cantos”, cit., voto de Boggiano, considerando 6.

66 CSJN, caso “Cantos”, cit., voto de Maqueda, considerando 7.

67 CSJN, caso “Cantos”, cit., voto de Maqueda, considerando 14.

68 CSJN, caso “Cantos”, cit., voto de Maqueda, considerando 15.



de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso concreto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una postura claramente regresiva y sin fundamentos de peso que pudieran explicar su apartamiento de la doctrina anterior desestimó la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. En particular, llama la atención el cambio de postura de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti, quienes venían sosteniendo el carácter vinculante y la obligación para la Corte de cumplir con dichas sentencias, tal como ya mencionamos.

En esta presentación, se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana dictado en la causa "Fontevécchia y otros c/ República Argentina", se dejara sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de 2001 que había condenado a los periodistas Jorge Fontevécchia y Héctor D'Amico por publicaciones realizadas en la prensa, en tanto la Corte Interamericana había resuelto en 2011 que esa sentencia constituía una violación al derecho a la libertad de expresión reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 13)<sup>69</sup>. La posición mayoritaria fue conformada por el voto conjunto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz y el voto según fundamentos propios del juez Horacio Rosatti. En disidencia votó el juez Juan Carlos Maqueda.

---

69 Corte IDH. Caso Fontevécchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238. Los hechos del caso Fontevécchia se relacionan con dos publicaciones que se efectuaron en la revista Noticias, el 5 y 12 de noviembre de 1995. En ellas se hacía referencia a que el entonces presidente de Argentina, Carlos Saúl Menem, poseía un hijo no reconocido, nacido de una relación circunstancial con la diputada Martha Mesa. Además, las notas hacían referencia a regalos o beneficios económicos que la mencionada diputada habría recibido de Menem. Ante ello, el ex presidente demandó civilmente a Editorial Perfil y a los dos periodistas por la violación al derecho a la intimidad, reclamando una suma como indemnización. En primera instancia, se falló en contra de la petición del sr. Menem. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió el fallo de primera instancia, condenado a los demandados (incluyendo a los señores Fontevécchia y D'Amico) a abonar una suma de dinero en concepto de indemnización, la que fue reducida por una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, "CSJN"). El 29 de noviembre de 2011, la Corte Interamericana se expidió sobre la petición de Fontevécchia y D'Amico, considerando que la decisión de la CSJN que confirmó la condena civil impuesta por una sala de la Cámara Nacional en lo Civil, no resultó necesaria en una sociedad democrática y, por ello, incompatible con la CADH. En este sentido, la Corte IDH declaró que Argentina había violado el artículo 13 en relación con el 1.1 de la CADH. Por ello, ordenó que Argentina cumpla con las siguientes reparaciones: dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevécchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, publicar y difundir la sentencia internacional por diferentes medios, y pagar determinadas sumas de dinero en concepto de reintegro de costas y gastos.

A los efectos de dar cumplimiento a la primera reparación, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto le solicitó a la Corte Suprema que dejara sin efecto la sentencia civil. Ante ello, la Corte Suprema se expidió por la negativa. Si bien reconoce la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana, restringe este reconocimiento al ámbito propio de sus potestades remediales, que ella misma determina. Así, analiza si el tribunal interamericano había actuado dentro de los límites que le impone la Convención Americana y, a su vez, si su sentencia se conformó con el ordenamiento constitucional argentino.

En efecto, en un primer análisis, la Corte se preocupa en aclarar que: “[s]e encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH)”<sup>70</sup>. Sin embargo, el tribunal agrega que: “Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”<sup>71</sup>.

Por un lado, la Corte recordó que la Convención Americana establece un mecanismo subsidiario de protección de los derechos humanos, lo que se manifiesta en el requisito de previo agotamiento de recursos internos y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia de los tribunales nacionales. Así pues, la Corte Suprema entendió que la obligación de “dejar sin efecto” la sentencia recaída en la causa Menem supondría su “revocación”, con lo cual la Corte IDH se estaría convirtiendo, efectivamente, en una “cuarta instancia” revisora sobre los estrados locales<sup>72</sup>, en contravención con la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional.

En esta línea, entendió que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales (art. 63.1, C.A.D.H.). Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme —en razón de lo ordenado en la decisión “Fontevecchia” de la Corte In-

---

70 CSJN, caso “Fontevecchia”, cit., considerando 6

71 CSJN, “Fontevecchia”, cit., considerando 6.

72 CSJN, “Fontevecchia”, cit., considerando 11.

teramericana— implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

Aplicando la regla de Chorzow, la Corte Suprema consideró que la cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la *restitutio in integrum* resulta jurídicamente imposible, en respaldo de lo cual invocó el artículo 27 de la Constitución Nacional. Esta disposición prevé que “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Entre tales principios se ubica la primacía de la Corte Suprema como cabeza del poder judicial argentino, carácter que se vería menoscabado si sus sentencias firmes pudieran ser dejadas sin efecto por un órgano internacional.

Según el tribunal, la regla del artículo 27 no habría sido modificada sino reforzada por la reforma constitucional de 1994, ya que el artículo 75 inciso 22, que acuerda rango constitucional a ciertos instrumentos de derechos humanos (la CADH, entre ellos), prevé que estos gozarán de tal jerarquía sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

Por su parte, el juez Rosatti compartió, en lo sustancial, los argumentos expuestos y reivindicó el margen de apreciación nacional de la Corte Suprema en la aplicación de las decisiones internacionales (con base en los arts. 75 inc. 22 y 27 de la Constitución Nacional). El juez agregó, que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada Pacto de San José de Costa Rica) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la máxima intérprete de la Constitución Nacional, por lo que hay que lograr que sus criterios –en cada caso concreto- se complementen y no colisionen. Concluyó que la reparación encuentra adecuada satisfacción mediante las medidas de publicación del pronunciamiento internacional y el pago de la indemnización ordenado por la Corte Interamericana, no resultando posible la revocación formal del decisorio de la Corte Suprema nacional.

En disidencia, el juez Juan Carlos Maqueda mantuvo la postura “que antes de este caso era la mayoritaria” fijada en sus votos de los casos “Cantos” (2003), “Espósito” (2004), “Derecho” (2011), “Carranza Latrubesse” (2013) y

“Mohamed” (2015)<sup>73</sup>. Argumentó que desde la incorporación de la CADH en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, “*las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”. Para fundamentar esta afirmación, el juez hizo mención al principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), no pudiendo alegar cuestiones de derecho interno para incumplir sus obligaciones (art. 27, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).<sup>74</sup>

El fallo despertó una serie de críticas vigorosas por parte de académicos, comentaristas y organizaciones de derechos humanos<sup>75</sup>. Se organizaron mesas de debates y jornadas para discutir y reflexionar sobre el alcance de esta sentencia que viene a trastocar principios jurídicos constitucionales que se creían ya inamovibles.

De modo esquemático, en lo que sigue, se analizan sucintamente los principales argumentos que presenta el fallo en base a las críticas planteadas por distintos analistas. En primer lugar, el argumento sobre el carácter subsidiario del sistema interamericano y la imposibilidad de la Corte IDH de actuar como cuarta instancia ha sido criticado consistentemente como un grave error

---

73 CSJN, caso “Fontevéchia”, cit., voto disidente de Maqueda, considerando 3.

74 CSJN, caso “Fontevéchia”, cit., voto disidente de Maqueda, considerando 4.

75 En este sentido, véase Abramovich, “La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. Comentarios sobre el caso ‘Fontevéchia’ de la Corte Suprema (en este volumen); Pinto, Mónica, exposición en la charla debate, Los Derechos Humanos en cuestión. Alcances de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, organizada en la Facultad de Derecho el 3 de abril de 2017, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1w7g2hfMM-U>. Véase asimismo, Furfaro, Lautaro, “Las ataduras al mástil reforzado de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso *Fontevéchia* de la Corte IDH” (en prensa); De Antoni, Román, “Corte Suprema vs. Corte Interamericana de DDHH? Comentarios al fallo “Fontevéchia”, disponible en el Blog Palabras de Derecho, 15 de febrero de 2017; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Sobre el caso “Fontevéchia y otros c/ República Argentina», Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los derechos humanos en la Argentina, 18 de febrero de 2017. Otras posturas críticas pueden encontrarse en el blog “Saber Leyes no es Saber Derecho” en <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>. En una posición intermedia, véase Gargarella, Roberto, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, Suplemento La Ley, 23 de febrero de 2017.

conceptual de la Corte Suprema; una comprensión equivocada del funcionamiento de los sistemas internacionales de derechos humanos. En este caso, en la instancia internacional, la Corte IDH intervino analizando la existencia de violaciones a derechos humanos y concluyó que efectivamente existía una vulneración del derecho a la libertad de expresión, ordenando en consecuencia la revocación de la sentencia de la Corte Suprema que condenó civilmente a los periodistas en cuestión.

A diferencia de lo que plantea la Corte Suprema, la fórmula de la cuarta instancia no es aplicable a la etapa remedial de la intervención de los tribunales internacionales<sup>76</sup>. Si la Corte IDH concluye que se verifica la existencia de una violación, puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos y ordenar una diversidad de remedios que tengan por efecto restituir el goce de los derechos vulnerados. Esta concepción equivocada se sustenta en una lectura también errónea de los precedentes que cita en respaldo de su posición, en donde los conceptos de "subsidiariedad" y "cuarta instancia" no discuten la competencia de la Corte IDH de dictar medidas reparatorias ni su alcance sino las condiciones y vías de acceso al sistema interamericano<sup>77</sup>.

Por otro lado, en una interpretación que nuevamente revela un desconocimiento de reglas básicas de funcionamiento de los sistemas internacionales de derechos humanos y del sistema interamericano en particular, la Corte Suprema también sostuvo que el artículo 63.1 de la CADH, en sentido literal, no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional<sup>78</sup>. En apoyo de su postura, cita de manera dogmática, sin detalle o análisis alguno, los trabajos

---

76 El CELS sostiene que "Este análisis no puede sostenerse en tanto y en cuanto los principios invocados no se refieren al alcance de la facultad de los órganos de protección para establecer medidas reparatorias (facultad remedial) sino a las condiciones y vías de acceso a los sistemas internacionales. O sea, a su competencia jurisdiccional para admitir o no un caso" (CELS, Sobre el caso "Fontevicchia y otros c/ República Argentina», cit.).

77 Para un análisis del verdadero sentido y alcance de los casos de la Corte IDH citados por la Corte Suprema, véase CELS, Sobre el caso "Fontevicchia y otros c/ República Argentina», cit.

78 El artículo 63.1. determina que "cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de un derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

preparatorios de la Convención Americana. Pero luego reconoce –de manera contradictoria con lo anteriormente afirmado–, que la Corte IDH en algunas ocasiones ha dispuesto el uso de este remedio. No obstante señala que, en muchos casos, ese tribunal ha determinado que tal remedio es improcedente ya que puede haber casos que la *restitutio in integrum* no sea posible, suficiente o adecuada (casos Aloeboetoe y otro v. Surinam, párr. 49 y Blake vs. Guatemala, párr. 42)<sup>79</sup>.

A contrario de lo que establece el máximo tribunal, el sistema de reparaciones en sede internacional tiene por propósito central que se restablezca el estado anterior a la violación de derechos, si ello es posible, que incluye eventualmente la revisión y revocación de sentencias violatorias de los derechos consagrados en los pactos. El texto del artículo 63.1. de la CADH confirma esta interpretación en cuanto determina que, cuando verifique la existencia de una violación, la Corte IDH debe disponer que “se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”. Incluso, tal como apunta el documento del CELS, desde el primer y renombrado caso contencioso “Velázquez Rodríguez”, la Corte IDH ha establecido que en los casos en que sea posible, los Estados están obligados a la plena restitución, lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo<sup>80</sup>. El análisis propio que hace la Corte Suprema sobre las competencias remediales de la Corte IDH trastoca, a su vez, el principio de que el tribunal internacional es el juez único de sus propias competencias<sup>81</sup>.

Pero además, la postura de la Corte Suprema implica desconocer la práctica consistente de la Corte Interamericana en materia de reparaciones que suele ordenar la revisión de sentencias de tribunales domésticos que infringen o violan estándares en materia de debido proceso, investigación penal y responsabilización por la comisión de crímenes de lesa humanidad, y de

---

79 CSJN, caso “Fontevicchia”, cit., considerando 15.

80 Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C Nº. 7, párr. 26.

81 Véase Abramovich, Víctor, “La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. Comentarios sobre el caso ‘Fontevicchia’” de la Corte Suprema, cit., donde refiere el *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, de la Corte IDH (Serie C No. 55, sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrs. 31-33).

una multiplicidad de derechos, como la libertad de expresión, la igualdad y no discriminación, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas a la consulta y a la propiedad comunitaria de la tierra, etc.<sup>82</sup> Si la Corte IDH no tuviera la capacidad de ordenar remedios para superar actuaciones defectuosas del poder judicial, una parte importante de las vulneraciones a derechos humanos quedarían sin reparación adecuada. El sentido de la afirmación de la Corte IDH de que puede haber casos en que la *restitutio in integrum* no sea posible, suficiente o adecuada es plantear que en ocasiones no será posible restablecer el estado de goce del derecho por ser materialmente imposible (por ejemplo, el homicidio de una persona por falta de adopción de medidas de prevención adecuadas, etc.).

Esta premisa es luego utilizada por la Corte Suprema para sostener que en el caso bajo análisis “*dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios de derecho público argentino*”<sup>83</sup>. Y allí trae a colación el artículo 27 de la Constitución Nacional que, según la Corte implica “una esfera de reserva soberana”, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la constitución a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad<sup>84</sup>. Entre esos “principios inmovibles”, se encuentra el carácter de la Corte Suprema como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del artículo 108 de la CN. Según la Corte, “revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional.

Aquí la Corte cita en su respaldo un precedente suyo –“Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”–, que es anterior a la reforma constitucional de 1994<sup>85</sup>. Si bien dicho precedente resultó relevante en ese entonces en tanto reafirmó la superioridad normativa de los

---

82 A este respecto, véase Abramovich (en este volumen), donde cita una serie de casos de la Corte IDH donde resuelve ordenar a tribunales internos de una u otra manera rever sus propias decisiones con el objetivo que se ajusten a estándares interamericanos en materia de distintos derechos.

83 CSJN, caso “Fontevicchia”, considerando 16.

84 CSJN, caso “Fontevicchia”, considerando 16.

85 La sentencia es del 07/07/1993 (Fallos: 316:1669).

tratados sobre las leyes dejando a salvo el respeto por los principios constitucionales (GONZÁLEZ NAPOLITANO, 1995), es escaso el valor que por sí mismo se le puede otorgar en una materia –como es la relación entre el derecho internacional y el derecho interno–, que fue radicalmente modificada por la reforma. La postura de la Corte Suprema toma por base una interpretación de una constitución que actualmente no se encuentra vigente. Una constitución que en materia de relación entre el derecho interno y el derecho internacional era estructuralmente distinta a la que la jurisprudencia citada por la Corte interpretó.

Por lo demás, la Corte Suprema establece que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no puede ser revocada por una decisión de un tribunal internacional. Sin embargo, tal como sostiene Pinto, frente al reconocimiento estatal de mecanismos internacionales de control en materia de derechos humanos como subsidiarios de los mecanismos locales, la doctrina de la cosa juzgada requiere una lectura distinta. En estos casos, según la autora, debe asumirse que la cosa juzgada tiene dos etapas o niveles: el primero es doméstico, cuando no existe la posibilidad de interponer ningún recurso frente a una resolución determinada y la sentencia pasa entonces a revestir carácter de cosa juzgada. El segundo nivel se da cuando una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada a nivel interno es cuestionada a nivel internacional. En este supuesto la sentencia quedará firme cuando sea confirmada por los órganos internacionales intervinientes o concluya el procedimiento en sede internacional. Una interpretación de la cosa juzgada como la que avanza la Corte Suprema, implica vaciar de contenido a los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en toda esa gama de situaciones en las que las vulneraciones de derechos provienen de decisiones judiciales (PINTO, 2008, p. 251). Según Pinto, argumentar que la cosa juzgada impide la ejecución de una resolución internacional vinculante contradice la decisión de la entidad política que aceptó la jurisdicción internacional (PINTO, 2008, p. 251). Iguales argumentos aplican para la defensa de la Corte Suprema de que ella es, según la Constitución Nacional, la máxima autoridad judicial y que por tanto, sus sentencias no pueden ser revocadas por un órgano internacional.

Esta conclusión es doblemente absurda si se considera que uno de los requisitos fundamentales para habilitar la supervisión internacional, es precisamente el agotamiento de los recursos adecuados y eficaces de la jurisdicción



interna<sup>86</sup>, incluyendo el agotamiento de la máxima instancia judicial, como es la Corte Suprema.

La única referencia que hace la Corte al texto de la nueva Constitución Nacional es para citar de manera parcial y recortada el artículo 75 inciso 22 afirmando que al otorgar jerarquía constitucional a la CADH, el constituyente ha establecido expresamente que sus normas "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución", reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental "como valladar infranqueable" para los tratados internacionales<sup>87</sup>. Nuevamente como apoyatura cita un precedente anterior a la sanción de la reforma de 1994, como es el caso "Cafés La Virginia S.A."<sup>88</sup>.

El artículo 75 inc. 22 establece que los tratados allí detallados "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos ...". De modo que, de la lectura completa de este artículo, la interpretación constitucional que ha imperado y que era mayoritaria hasta "Fontevéchia" es la que establece que el constituyente ya efectuó el análisis de compatibilidad entre el texto de los tratados y el de la constitución y por lo tanto deben ser armonizados y complementados con los derechos que establece la propia Constitución, pero no anulados por la prevalencia de unos por sobre otros. Los tratados con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional configuran lo que se da en llamar un "bloque de constitucionalidad". Tal como afirma Abramovich, "para la tesis del 'bloque de constitucionalidad', no puede leerse el artículo 27 separado del artículo 75 inciso 22. La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana establecida en el artículo 68 de la Convención Americana es un principio fundamental del derecho público constitucional argentino, tanto como aquel del artículo 108 de la Constitución que asigna a la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial"<sup>89</sup>.

---

86 Véase Furfaro, Lautaro, "Las ataduras al mástil reforzado de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso *Fontevéchia* de la Corte IDH", en prensa

87 CSJN, caso "Fontevéchia", considerando 19.

88 El precedente es de fecha 13/10/1994 (Fallos: 317:1282).

89 Abramovich, Víctor, "La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. Comentarios sobre el caso 'Fontevéchia'" de la Corte Suprema (en este volumen).

## Apuntes finales: proyecciones del caso “Fontevécchia”

Del análisis de la sentencia en el caso “Fontevécchia” se desprende indudablemente una actitud desdeñosa de la Corte Suprema hacia el derecho internacional de los derechos humanos que se evidencia en el débil esfuerzo argumentativo y las premisas erróneas que sustentan. En este caso se discutían cuestiones de gran trascendencia jurídica e institucional, como es la integración del DIDH en el ámbito interno, para un país donde el anclaje en los tratados internacionales de derechos humanos ha sido un todo un símbolo y un mensaje a futuro de no repetición de una historia trágica de terrorismo de Estado y crímenes de lesa humanidad. La calidad de la sentencia habla por sí misma de la baja estima de esta Corte por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aún está por verse cuáles serán las proyecciones de este fallo. La pregunta más relevante que surge es si este caso quedará como un precedente aislado o si marcará un giro permanente hacia una recepción más tibia o incluso refractaria a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. Si nos guiamos por algunos precedentes posteriores de la Corte, como el caso “Muiña” ya mencionado<sup>90</sup>, que prescindió de toda consideración de los estándares internacionales aplicables en una materia de tanta relevancia social y de construcción colectiva como es el proceso de justicia a los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante última la dictadura cívico militar, el panorama se presenta sumamente desalentador. De igual modo, otros casos han sido decididos en similar dirección regresiva para la vigencia de los derechos fundamentales, por ejemplo, en materia de derechos sociales y de derechos laborales específicamente que en conjunto podrían estar indicando la conformación de una tendencia.

Cabe tener presente también que esta decisión de la Corte Suprema será denunciada en el proceso de ejecución de la sentencia de la Corte IDH en “Fontevécchia” y la Corte Argentina no quedará con la última palabra, como pretendió en su fallo sino que la Corte IDH seguramente volverá a insistir en su postura de que el Estado argentino, a través de los mecanismos internos que disponga, debe privar de efectos jurídicos a la sentencia que

---

90 Comentarios al fallo de distintos autores pueden leerse en el blog Saber Leyes no es Saber Derecho, disponible en <<http://www.saberderecho.com/2017/05/sobre-la-aplicacion-de-2x1-delitos-de.html>>.

condenó a los periodistas denunciadores, como modo de restituir el ejercicio de la libertad de expresión.

De hecho, el caso "Fontevécchia" precipitó una discusión en el Congreso de la Nación para la elaboración de un proyecto de ley que tienda a sentar las bases de un mecanismo interno para implementar decisiones internacionales en el ámbito interno, incluyendo aquellas que impliquen la revisión de sentencias nacionales. Recordemos que en una vía intermedia señalada por los ex jueces de la Corte Suprema Petracchi y López en el caso "Cantos" (2003) correspondería al Presidente de la Nación, ya sea en el marco de sus propias atribuciones o mediante la iniciativa legislativa, proveer lo conducente para la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana. Esta es una deuda largamente pendiente que podría saldarse de modo de encontrar una salida al estado de incumplimiento de la sentencia de la Corte IDH de parte del poder más representativo y democrático del Estado. Existen ejemplos de legislación sobre este punto en la región que podrían tomarse como base, entre otros los casos de Colombia y Costa Rica<sup>91</sup>.

Otra cuestión a dilucidar es si los principios de interpretación y armonización del derecho internacional de derechos humanos y el derecho constitucional que surgen del caso "Fontevécchia" quedarán circunscriptos a la ejecución de decisiones internacionales en casos contenciosos o si se proyectarán a las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional en casos ante los tribunales. Abramovich es pesimista al respecto y sostiene que el valladar de los principios de derecho público de la Constitución podría limitar también la aplicación de los tratados de rango constitucional en la esfera nacional, y conducir a una revisión de toda la arquitectura constitucional, incluyendo la carta de derechos, posiblemente en una tendencia regresiva<sup>92</sup>. Y se pregunta "qué ocurrirá si como hipótesis extrema, un nuevo intérprete constitucional entendiera que los derechos y principios jurídicos que traen esos tratados y sus estándares interpretativos, como el derecho a la vivienda y al agua, a la consulta indígena, a la igualdad e identidad de género, o la imprescriptibilidad de los crímenes masivos, colisionan con los principios fundamentales de derecho público argentino, inducidos del texto liberal con-

91 Véase, Krsticevic y Tojo (2007).

92 Abramovich, Víctor, "La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. Comentarios sobre el caso 'Fontevécchia'" de la Corte Suprema, cit.

servador de la constitución originaria, modelada en el ideario del siglo XIX”<sup>93</sup>. En el caso “Muiña”, sin hacer explícita esta argumentación, la Corte de hecho prescinde de la aplicación de los estándares relativos a la persecución y punición de crímenes de lesa humanidad.

De igual modo está por verse la influencia de este precedente en la orientación de las decisiones de tribunales inferiores respecto de la aplicación del DIDH a mediano y largo plazo. En este sentido cabe mencionar una preocupante y reciente sentencia del Tribunal Superior de la provincia de Corrientes<sup>94</sup> donde haciendo mención a la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Fontevicchia” resuelve declarar inadmisibile el recurso de revisión interpuesto por el Defensor Público Oficial en favor de G., C.N, quien solicitaba la revisión de la condena a prisión perpetua impuesta a su defendido sobre la base del deber estatal de cumplir con la sentencia de la Corte IDH en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” del 14 de mayo de 2003<sup>95</sup>. Allí el tribunal interamericano determinó que “... el Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer penas de prisión o reclusión perpetuas... a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad ... De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentran cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad pueda obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta sentencia ...” (párrafo 327 y punto dispositivo 21). En este caso, correspondía aplicar los amplios efectos del fallo de la Corte IDH puesto que el remedio ordenado excedía a los niños afectados.

Por último y bajo un prisma esperanzador, la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Muiña” provocó una reacción social poderosa que implicó una masiva movilización a la Plaza de Mayo y el tratamiento legislativo de urgencia de un proyecto de ley para neutralizar la decisión judicial, que resultó votado por todo el arco político. En el mismo sentido, fiscales y tribunales de instancias inferiores, ante peticiones de militares condenados de que se les aplique el be-

---

93 Abramovich, Víctor, “La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. Comentarios sobre el caso ‘Fontevicchia’” de la Corte Suprema, cit.

94 Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes, Expediente N° STP 382/15, sentencia del 4 de mayo de 2017.

95 Corte IDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2003, serie C, N° 260.

neficio del 2x1, adoptaron en general una postura contraria a su otorgamiento<sup>96</sup> y expertos nacionales e internacionales rechazaron la actuación de la Corte Suprema<sup>97</sup>. El contundente reclamo social y político frente al caso “Muiña” da muestras de que hay ciertos umbrales alcanzados en materia de derechos humanos que no pueden traspasarse y menos aún, a partir de la decisión de un minúsculo grupo de jueces carentes de suficiente legitimidad y aprobación social<sup>98</sup>. Ahora le toca nuevamente a la Corte decidir sobre la aplicación de la nueva ley<sup>99</sup> sancionada por el Congreso de la Nación –que exceptúa de la aplicación del beneficio del 2x1 a los responsables por la comisión de crímenes de lesa humanidad– y reparar las consecuencias de la anterior, rechazada ampliamente por la sociedad argentina.

## Referencias

FILIPPINI, Leonardo, GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín, “El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse”, 2010, disponible en <[http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso\\_Carranza\\_Latrubesse.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf)>.

FILIPPINI, Leonardo. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es un préstamo; reflexiones a la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz, *Revista de la Universidad de Palermo*, Año 8, n° 01, p. 191-202, 2007.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino”, 1995, disponible en <<http://>

---

96 Por ejemplo, en línea con lo dictaminado por el fiscal general competente, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó la aplicación del cómputo de “2x1” al ex Jefe de Institutos Militares de Campo de Mayo, Santiago Omar Riveros.

97 Un grupo de expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas solicitaron a la Corte Suprema de Justicia de Argentina que considere la revisión de su fallo y reconozca la extrema gravedad de los crímenes de lesa humanidad y el requisito de asignar penas apropiadas y proporcionales a las personas condenadas por estos delitos.

98 Recientemente un grupo de organismos de derechos humanos, presentaron un pedido de juicio político contra los ministros Horacio Rosatti, Carlos Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco por “mal desempeño de sus funciones”. Critican a los jueces por la sentencia en el caso “Muiña” en tanto entienden que favorecieron la impunidad de los responsables del terrorismo de Estado.

99 Ley 27.362

portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/75/relac%20di%20y%20d%20interno.pdf>.

KRSTICEVIC, V. y TOJO, L. (Coord.) *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Derechos Humanos y Políticas Públicas* Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales. Buenos Aires CEJIL: 2007.

PINTO, Mónica. El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. In.: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Ed.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: La experiencia de una década.*, Buenos Aires: CELS, 2007, p. 119-152.

\_\_\_\_\_. National and International Courts: deference or disdain? *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, Vol. 30, nº 03, 2008, p. 247-273

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n. 2, p. 269–295, 2003.

# Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais? As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México para dar Cumprimento às Sentenças da CorteIDH

*Rafaela Teixeira Sena Neves<sup>1</sup>*

*Ana Paula Oliveira da Silva Pacheco<sup>2</sup>*

*Victória Cristine de Figueiredo Ferreira<sup>3</sup>*

## Introdução

O estudo do cumprimento no direito internacional não é recente. Em 1981, Roger Fisher já dialogava acerca disto propondo que o cumprimento é um estado de identidade entre uma regra específica e o comportamento do ator envolvido que pode ser analisado a partir de duas ordens: a) a primeira ordem, que se insere em um contexto envolvendo estados e o cumprimento de tratados internacionais os quais sejam signatários; e b) a de segunda ordem, que se refere a relação dos estados e o cumprimento de sentenças de tribunais supranacionais (FISHER, 1981).

Apesar da inquestionável importância dos estudos referentes ao cumprimento de primeira ordem<sup>4</sup>, interessa ao nosso caso discutir o cumprimento de segunda ordem, mais especificamente, analisar o cumprimento das sentenças

---

1 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA)

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista do Programa Nacional de Cooperação Acadêmica da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

3 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista do Programa Nacional de Cooperação Acadêmica da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

4 Ressaltamos a importância e a influência que esses estudos propuseram ao cumprimento de segunda ordem, e aqui, destacamos os seguintes: Slaughter (1993); Chayes e Chayes (1993) e Koh (1997).

da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) em casos envolvendo Brasil e México.

O interesse em analisar o cumprimento das sentenças da CorteIDH partiu da necessidade de se discutir a implementação no âmbito interno das medidas de reparação impostas pela CorteIDH em suas sentenças. Tais reparações não têm como única finalidade o estabelecimento da responsabilidade internacional, mas também a restituição do direito maculado e, caso isto não seja possível, a reparação dos danos causados, uma vez que, por mais que as sentenças sejam por si sós, uma forma de reparação, a reparação de fato somente ocorre com o restabelecimento da situação existente antes da ocorrência da violação, o que a CorteIDH entende por reparação integral (GAMBOA, 2013).

O cumprimento dessas reparações se insere na última etapa do procedimento contencioso no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), isto é, a fase de supervisão de cumprimento de sentença que vem se tornando uma das atividades que mais ocupa a CorteIDH, pois a complexidade dos conflitos exige que cada reparação seja supervisionada de maneira detalhada. Somado a isto, anualmente, novos casos são incorporados nesta etapa, fazendo com que, dos 219 (duzentos e dezenove) casos já sentenciados pela CorteIDH até o final de 2016, 182 (cento e oitenta e dois) se encontrem atualmente em etapa de supervisão de cumprimento de sentença, mais especificamente, são 901 (novecentos e uma) medidas de reparação em monitoramento (CORTEIDH, 2017)<sup>5</sup>.

Em se tratando de Brasil e México que aceitaram a jurisdição da CorteIDH há 19 (dezenove) anos<sup>6</sup>, os dados mais recentes são: a) das 06 (seis) sentenças que reconhecem a responsabilização internacional do Brasil por violação de direitos humanos<sup>7</sup>, somente uma foi considerada totalmente cumprida<sup>8</sup>; b) das

5 Para mais informações e detalhes dos dados em destaque, indicamos a leitura do Relatório Anual da CorteIDH de 2016, disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2016/portugues.pdf>>.

6 O Brasil aceitou a competência da CorteIDH em 10 de dezembro de 1998 e o México em 16 de dezembro de 1998.

7 São elas: caso Ximenes Lopes Vs. Brasil (2006); Garibaldi Vs. Brasil (2009); Escher e outros Vs. Brasil (2009); Gomes Lund e outros Vs. Brasil (2010); Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil (2016) e Favela Nova Brasília Vs. Brasil (2017).

8 Referimo-nos ao caso Escher e outros Vs. Brasil (2009), ao qual a CorteIDH emitiu resolução de arquivamento da sentença em 19 de junho de 2012.



07 (sete) sentenças contra o México<sup>9</sup>, também encontramos uma única com cumprimento total<sup>10</sup>. O maior número dessas sentenças encontra-se classificada como *parcialmente cumprida*, tendo em vista que não houve um descumprimento em relação a todas as medidas de reparação. Mas, apesar da expressividade da classificação *cumprimento parcial*, está é uma categoria que ainda não foi bem desenvolvida pela CorteIDH.

Assim, muitos autores veem realizando pesquisas que analisam os níveis de cumprimento no SIDH<sup>11</sup>, em especial, a categoria do *cumprimento parcial*; e, apesar de utilizarmos parte dessas pesquisas como nosso referencial teórico, este trabalho não tem esse único objetivo.

O presente artigo analisa especificamente as medidas de adequação institucional criadas pelo Brasil e pelo México para dar cumprimento às medidas de reparação impostas pela CorteIDH nas sentenças que se encontram *parcialmente cumpridas*, e que tendências podem ser identificadas nesta categoria de cumprimento. Interessa-nos: (a) identificar quais tipos de medidas de reparação a CorteIDH determinou nos casos brasileiros e mexicanos, realçando sua natureza e especificidades; (b) aferir o grau de cumprimento dessas reparações, identificando as diferentes medidas de adequação institucional que os Estados fizeram para cumpri-las, ou seja, os atos estatais que proporcionaram a implementação de determinada medida de reparação; (c) como a CorteIDH avaliou essas medidas nas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença; e a partir disto, (d) analisar a categoria do *cumprimento parcial*, identificando os padrões de comportamento estatal e (f) elaborar uma relação simplificada do impacto dessas respostas institucionais no âmbito interno, ou seja, identificar, de maneira exemplificativa, a possível mudança que essas sentenças provocaram nos países, antes do seu cumprimento total. Ressaltamos que, pela escassez doutrinária e a limitação no acesso a informações necessárias,

---

9 São elas: caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos (2008); González e outras “Campo Algodonero” Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009); Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009); Fernández Ortega e outros Vs. Estados Unidos Mexicanos (2010); Rosendo Cantú e outra (2010); Grabera García e Montiel Flores (2010) e García Cruz e Sánchez Silvestre (2013).

10 Referimo-nos ao caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos (2008), ao qual a CorteIDH emitiu resolução de arquivamento da sentença em 28 de agosto de 2013.

11 Destacamos os seguintes: Hawkins e Jacoby (2008); Kapiszewski e Taylor (2013) e Huneus (2011).

não será objeto deste trabalho a avaliação da efetividade desta mudança, mas a própria mudança em si.

Dessa forma, este trabalho, se dividirá didaticamente em (1) uma breve dissertação sobre o referencial teórico acerca do cumprimento de segunda ordem no SIDH; (2) na apresentação resumida dos casos brasileiros e mexicanos e os respectivos níveis de cumprimento; (3) numa análise das medidas de adequação institucional criadas pelo Brasil e México para dar cumprimento a esses casos, a fim de propiciar o debate sobre os seguintes questionamentos: quais são as respostas que os Estados oferecem aos casos que a CorteIDH sentencia e as medidas de reparação que são ordenadas? Quais tendências estatais podem ser identificadas nos casos brasileiros e mexicanos *parcialmente cumpridos*?

## 1. Cumprimento na CorteIDH

A atuação do SIDH no continente americano visa alcançar reparações concretas às vítimas das violações de Direitos Humanos por meio dos seus principais instrumentos que são as recomendações contidas nos relatórios finais da CIDH e as ordens de reparação expressas nas sentenças da CorteIDH (ANZOLA *et al*, 2014).

Para atender a este propósito, estas reparações possuem naturezas distintas, dividindo-se em: (a) medidas de restituição, que se referem ao restabelecimento do *status quo* anterior à violação, com reparação monetária ou não; (b) medidas de reabilitação, que são as destinadas a atender as necessidades físicas e psíquicas das vítimas; (c) medidas de satisfação, que implicam na reparação do dano imaterial; (d) garantias de não repetição, que consistem no caráter pedagógico da condenação em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso; e (e) as medidas de obrigação positiva, que consistem na obrigação dos Estados de investigar, julgar e sancionar, conforme seja o caso.

A verificação do cumprimento dessas reparações se insere na fase de supervisão de cumprimento de sentença. Esta é considerada a fase mais complexa do processo internacional perante à CorteIDH, por ser um procedimento que carece de parâmetro legal na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o que levou a CorteIDH a institucionalizar este procedimento em seu próprio regulamento, que estabelece que, tendo este tribunal as in-

formações pertinentes, determinará o nível de cumprimento da sentença e emitirá as resoluções que estime necessárias<sup>12</sup>. Isto é possível porque quando um Estado reconhece a sua jurisdição contenciosa, surge o dever de acatar as obrigações emanadas de suas decisões, e dentro dessas obrigações, se inclui a de informar à CorteIDH, de maneira precisa, todas as medidas adotadas para o cumprimento de suas decisões<sup>13</sup>.

Nesta fase de supervisão, a CorteIDH utiliza três categorias amplas: (a) cumprido totalmente, quando atesta que o Estado cumpriu de maneira integral todas as medidas de reparação; (b) cumprido parcialmente, que indica que o Estado cumpriu a medida de maneira incompleta e (c) pendente de cumprimento, que significa que o Estado não cumpriu a medida ou não há informações suficientes para avaliar o cumprimento.

Outro fator que também contribui para a complexidade desta fase é que ela demanda um maior compromisso por parte dos Estados para cumprir com o ordenado pela CorteIDH (BENAVIDES, 2013). Isso tem sido objeto de diversos estudos, pois os níveis de cumprimento dessas sentenças são baixos, levando a indagação sobre a real efetividade das sentenças da CorteIDH em garantir a reparação integral das vítimas.

A título de exemplo, em uma análise focada em entender a medida que os Estados cumprem com os distintos requerimentos emanados da SIDH, levando em consideração todos os relatórios finais de mérito da CIDH, os relatórios de aprovação de acordos de solução amistosa e todas as sentenças proferidas pela CorteIDH entre 1º de junho de 2001 a 30 de junho de 2006, envolvendo os Estados-partes da CADH que reconheceram a jurisdição da CorteIDH, foram constatados que 50% dessas sentenças não foram cumpridas, 14% se encontravam em estado de cumprimento parcial e 36% estavam totalmente cumpridas (BASCH, *et al*, 2010).

Outro estudo realizado dois anos depois, comparou o grau de cumprimento entre as sentenças da CorteIDH e as sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) com o objetivo de demonstrar as limitações das categorias *cumprimento total* e *não cumprimento* propondo uma terceira via denominada *cumprimento parcial*, utilizando como referência todas as sentenças prolatadas

---

12 Ver artigo 69 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

13 Para mais informações, recomendamos a leitura da Supervisão de cumprimento de sentença de 10 de julho de 2007 do caso Suárez Rosero Vs. Equador.

pelos dois tribunais entre 1989 a 2008, constatando que das sentenças prolatadas pela CorteIDH, somente 6% lograram cumprimento total, 83% foram parcialmente cumpridas e 11% não cumpridas (HAWKINS; JACOBY, 2008).

Este último, em especial, além de desenvolver essa análise quantitativa, também realizou uma análise empírica sobre esses níveis de cumprimento. Como primeiras conclusões, os autores identificam as limitações das categorias binárias de *cumprimento* e *não cumprimento*, propondo uma terceira categoria, o *cumprimento parcial* como um instrumento que melhor reflete o cumprimento por parte dos Estados (HAWKINS; JACOBY, 2008).

Para os autores, o cumprimento é o modo pelo qual os Estados executam a sua propensão em cumprir com uma sentença prolatada por uma corte internacional, por isso, a avaliação do grau de cumprimento deve se dar pelo quanto as ordens emitidas nas sentenças são implementadas no âmbito doméstico. Além disso, propõem que o alcance do cumprimento está relacionado com o grau de complexidade daquilo que se quer que seja cumprido, logo, quanto mais simples for a determinação do tribunal internacional, mais os Estados estarão propensos a cumprir (HAWKINS; JACOBY, 2008).

Assim, elaboram uma proposta de pesquisa quanto ao cumprimento das sentenças da CorteIDH, que deve se dar de duas formas: (1) mensuração do grau de cumprimento geral de cada caso, para em seguida, (2) comparação com o nível de cumprimento das medidas individuais de cada decisão. Para eles, esta metodologia demonstra de maneira mais precisa o cumprimento das decisões pelos Estados, o que os levou aos seguintes dados: das decisões sentenciadas pela CorteIDH até 2008, 76% estão cumpridas parcialmente; 17% não foram cumpridas e 7% apresentam cumprimento total. Quanto ao cumprimento das medidas individuais, os autores analisam que os Estados cumpriram 28% das medidas de reparação, o que os leva a indicação de que o cumprimento parcial é um estado estável (HAWKINS; JACOBY, 2008).

Quanto à análise das categorias de cumprimento, entendem os autores que estudar o cumprimento das sentenças da CorteIDH somente a partir do aspecto dual das medidas de reparação, isto é, cumpridas e não cumpridas, é ser insensível à complexidade com que o SIDH se desenvolveu no continente americano, e não olhar o atual cenário das sentenças que têm como índice maior a parcialidade do cumprimento, e passam a analisar a categoria *cumprimento parcial* (HAWKINS; JACOBY, 2008).

Hawkins e Jacoby discutem o *cumprimento parcial* no SIDH a partir da construção de padrões. Identificam quatro padrões no comportamento estatal de cumprimento das sentenças da CorteIDH e a partir disso, conceituam-no como tendências estatais na pretensão de alcançar o cumprimento, são eles: (a) *decisões divididas* ou “*split decision*”, ocorre quando o Estado condenado cumpre somente parte da sentença, ou seja, cumpre com a medida de compensação monetária, mas não cumpre as outras medidas de reparação, como uma mudança legislativa. Os autores exemplificam essa tendência com a análise do cumprimento do caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala (2003), em que a CorteIDH estipulou duas medidas de reparação, uma de obrigação positiva, que consistia na investigação e sanção aos agentes torturadores, e a outra de restituição com compensação monetária pelos danos morais e materiais. Na supervisão de cumprimento de sentença, em 2005, a CorteIDH declara que a Guatemala cumpriu com o pagamento da indenização e requisita informação sobre a medida de reparação de obrigação positiva. O Estado da Guatemala apresentou o solicitado, mas, em 2007, a CorteIDH verificou que tais informações apresentadas diziam respeito a medidas adotadas de 1992 a 1999, e que o tribunal já havia analisado. Um exemplo de *cumprimento parcial* com tendência estatal de *decisões divididas*, pois era mais fácil para a Guatemala pagar a indenização, do que iniciar uma investigação e responsabilização dos agentes torturadores (HAWKINS; JACOBY, 2008, p. 77).

O segundo tipo de tendência é conceituado de (b) *substituições estatais* ou “*state substitution*”, que acontece quando o Estado evita um tipo de reparação específica e oferece uma resposta distinta da ordenada. Nestes casos, os autores compreendem que o Estado pode razoavelmente argumentar que está obedecendo ao sentido geral da medida de reparação, mas não a literalidade dela. Assim, acreditam que seja adequado caracterizar essas tendências de *cumprimento parcial*, pois o estado não está cumprindo literalmente a medida de reparação imposta pela CorteIDH, todavia, também não está desconsiderando completamente esta ordem. Para exemplificar, os autores citam o cumprimento do caso Villagrán-Morales (“crianças de rua”) Vs. Guatemala (1999), em que a CorteIDH ordenou que o Estado reenterrasse a vítima em um lugar escolhido pelos seus parentes mais próximos, porém o Estado realizou um funeral simbólico com autorização da mãe, ao invés de exumar os corpos e enterra-los novamente. A CorteIDH não se satisfaz, porque o Estado nunca apresentou um documento oficial à mãe da vítima nesse sentido, mas também o Estado não

obstaculizou a mãe de conseguir esses documentos pessoais. Neste caso, os autores entendem que o Estado atuou de forma a respeitar a intenção por trás da medida de reparação, talvez até em cooperação com a vítima, pois não é porque o Estado não fez exatamente o que a CorteIDH ordenou e não forneceu uma razão convincente para o não cumprimento que poderia convencer a CorteIDH a modificar a medida de reparação ordenada na sentença. Logo, entendem que a classificação correta nesse caso é de um *cumprimento parcial* (HAWKINS; JACOBY, 2008, p. 78).

O terceiro tipo de tendência é denominado de (c) *câmera lenta* ou “*slow-motion*”, e acontece quando o Estado toma medidas para a ação corretiva em relação a uma ação específica exigida pela CorteIDH ou que decorre da sentença, mas não atende a essa demanda completamente. Esta categoria difere das *decisões divididas* porque se aplica a uma ação específica e não a um conjunto de ações dentro de um caso. Difere das *substituições estatais* porque o Estado sugere (implícita ou explicitamente) que o fará mais tarde. Casos com altos níveis de resistência (o que significa, por definição dos autores, alguma ausência de cumprimento ao longo do tempo) e com cumprimento total, enquadram-se nesta categoria. Assim como, o cumprimento em *câmera lenta* também pode ocorrer em casos de alta resistência e sem cumprimento total, se o Estado estiver progredindo no cumprimento. A título de exemplo, os autores utilizam o cumprimento do caso Carpio-Nicolle e outros Vs. Guatemala (2004), em que o Estado argumentou que não poderia pagar a indenização às vítimas de uma só vez, porque estava em uma crise fiscal devido o furacão Stan e propôs o pagamento às vítimas de 33% da indenização por ano, mas as vítimas rejeitaram. Apesar das objeções, o Estado procedeu com seu plano até cumprir totalmente com esta medida de reparação. Uma das vítimas faleceu antes do pagamento final da indenização, nisso, o Estado transferiu o valor para os seus parentes mais próximos. Esta circunstância ilustra o modo como ocorre o cumprimento em *câmera lenta*, mesmo se transformando em cumprimento total, por receber a indenização por causa da opção estatal de cumprir em *câmera lenta*. Afinal, como explicam os autores: “justiça atrasada não é necessariamente justiça negada, mas parece justo a chamar de justiça parcial”<sup>14</sup> (HAWKINS; JACOBY, 2008, p. 79-80).

---

14 No original: “Justice delayed is not necessarily justice denied, but it does seem fair to call in justice partial” (HAWKINS; JACOBY, 2008, p. 80).

O quarto padrão de comportamento estatal é denominado de (c) *cumprimento ambíguo em meio a complexidade* ou “*ambiguous compliance amid complexity*” que ocorre quando os Estados enfrentam tarefas particularmente impressionantes ou exigentes. O cumprimento é problemático porque a medida de reparação ordenada pela CorteIDH é complexa por si só, ou seja, complicada o suficiente para que seja difícil dizer com precisão se o comportamento do Estado pode ser tão complexo, quanto para exigir ações sobre as capacidades estatais. Esta categoria difere das outras porque a disparidade entre o comportamento do Estado e as preferências da CorteIDH fica muito mais clara nas outras tendências. Os autores exemplificam essa tendência a partir do cumprimento do caso Garrido e Biagorria Vs. Argentina (1996), em que a CorteIDH determinou à Argentina o pagamento de indenização às famílias das vítimas que foram desaparecidas. Em 2007, a CorteIDH concordou que o Estado pagou a indenização a todos os membros da família que encontrou, mas insistiu que Biagorria tinha filhos fora do casamento e que também deveriam ser indenizados. O Estado respondeu que contactou todos os membros familiares conhecidos e que o irmão de Biagorria havia relatado que ele mentiu sobre ter filhos, como uma forma de sair da prisão mais cedo. Segundo os autores, este parece ser um caso em que é impossível de saber qual é a verdade, mas a CorteIDH continua a insistir que o Estado encontre e indenize os alegados filhos, e classificou esse caso como *cumprido parcialmente* (HAWKINS; JACOBY, 2008, p. 81).

Além dessas tipologias, os autores constatam que os Estados são mais propensos a cumprir reparações monetárias do que as medidas que requerem outras ações estatais, pois por serem simples, é mais fácil de se alcançar o cumprimento; e que uma das possibilidades para a CorteIDH aumentar o grau de cumprimento das outras medidas de reparação, é por meio de um acompanhamento da inércia estatal (HAWKINS; JACOBY, 2008).

Por fim, Hawkins e Jacoby compreendem que o *cumprimento parcial* é um estado estável, comum e mais provável de acontecer nos sistemas regionais, e isso acontece porque os Estados têm grandes incentivos para o cumprimento, quanto para o não cumprimento, de modo que, optando pelo *cumprimento parcial*, os Estados podem colher os benefícios de ambos os lados e que há pouca evidência que o cumprimento varia em relação a fatores de política doméstica (HAWKINS; JACOBY, 2008).

Esses autores são considerados referências no cumprimento de segunda ordem por proporem o estudo dos níveis/grau de cumprimento, e isso influen-

ciou trabalhos como o de Alexandra Huneus que desenvolve uma pesquisa, que parte de constatação oposta ao último achado por Hawkins e Jacoby, pois foca-se na ideia central de que o cumprimento das decisões da CorteIDH sofre influência das instituições domésticas. A autora constatou que na análise do grau de cumprimento, quanto maior a separação das instituições estatais (poder legislativo, executivo ou judiciário) envolvidas na medida de reparação, menor é a sua possibilidade de implementação por parte do Estado, pois para Huneus, as possibilidades para se alcançar o *cumprimento* diminuem a cada inclusão de um novo ator estatal para participar desse processo de implementação (HUNEEUS, 2011).

Mesmo com suas diferenças, esses dois estudos influenciaram a forma de se olhar o *cumprimento* no SIDH, podendo ser verificada na pesquisa coordenada por René Urueña na Colômbia<sup>15</sup> e os marcos teóricos desenvolvidos por Courtney Hillebrecht<sup>16</sup>.

A pesquisa coordenada por René Urueña entende que o cumprimento das sentenças da CorteIDH está relacionado com a legitimidade do SIDH, por isso deve ter como fundamento a produção de impactos simbólicos e materiais através da implementação das medidas de reparação. Para os autores, esse entendimento é justificado pelo próprio posicionamento da CorteIDH sobre suas sentenças, ao dizer que elas por si só correspondem a uma forma de reparação por declarar a responsabilidade internacional estatal, o que corresponderia a um impacto simbólico; já os impactos materiais correspondem as outras medidas de reparação publicadas na sentença, que são um componente importante para que o SIDH logre seus objetivos e assim reforce sua legitimidade ante os Estados e a sociedade civil.

A partir disso, os autores desenvolvem um estudo acerca dos níveis de cumprimento a fim de identificar quais os fatores que incidem no cumprimento de um Estado com uma sentença da CorteIDH, utilizando como campo o processo de cumprimento colombiano. Para explicar isso, eles propõem cinco fatores, a saber: (1) fatores jurídicos, que se referem a recepção das sentenças da CorteIDH pelo sistema jurídico colombiano; (2) fatores institucionais, que é o aparato estatal para o cumprimento das decisões do sistema; (3) fatores econômicos, que se relacionam com o orçamento estatal disponível para o

---

15 Conferir o estudo publicado nesta obra.

16 Cf. Hillebrecht (2014).



cumprimento das sentenças; (4) fatores informais, que consistem na influência da cultura organizacional dos órgãos encarregados de implementar as ordens jurídicas da CorteIDH e (5) os fatores externos: que se referem ao papel de ativismo das vítimas.

Desse modo, os pesquisadores concluíram que para se compreender o fenômeno do cumprimento, é necessário investigar quais, como e em que medida os atores participam diretamente dele, por constatarem que (a) as ordens de reparação que implicam em um processo de consulta com as vítimas, requerendo um espaço de deliberação e negociação, geralmente apresentam baixos níveis de cumprimento; (b) os “casos politicamente sensíveis” também tem um índice de cumprimento muito baixo, pois a fase de cumprimento transforma-se em uma “zona de litígio permeada por interesses políticos” afetando o cumprimento e a obrigatoriedade das sentenças que são submetidas a outros fatores extralegais; (c) as medidas de reparação direcionadas exclusivamente ao governo nacional tem altos níveis de cumprimento; (d) que as variáveis referentes às vítimas pertencerem a um grupo em estado de vulnerabilidade, não tem efeito sobre os níveis de cumprimento; (e) que o nível de cumprimento pode variar de acordo com a ONG que atuou no caso ante à CorteIDH e se esta segue na fase de supervisão de cumprimento.

A importância de pesquisas como essa é porque mostra o cumprimento no SIDH sob a perspectiva de fatores que estão além da vontade estatal e que interferem no próprio cumprimento, o que permite realizar um estudo mais fiel ao contexto em que esse sistema se insere.

Outra pesquisa que também trabalha a questão do cumprimento a partir dessa perspectiva é a realizada por Courtney Hillebrecht que entende que cumprimento é um processo de implementação de decisões de órgãos internacionais que depende da vontade política dos Estados, mas que está sujeito à influência de outros elementos exógenos, e que permite aos Estados demonstrarem o seu comprometimento com os Direitos Humanos em diversas graduações (HILLEBRECHT, 2014).

Esta pesquisa propõe que o cumprimento das sentenças da CorteIDH é inerente às relações domésticas do Estado para qual foram destinadas, sendo essas instituições responsáveis pelo cumprimento e o comprometimento dos Estados com os compromissos legais internacionais, por isso, se juízes, legisladores, executivos e outros atores da sociedade civil são a favor do cumprimento, a sua concretização nesse Estado se torna mais fácil (HILLEBRECHT, 2014).

Entretanto, a autora ressalva que isso não significa que o alcance do cumprimento das sentenças dos tribunais internacionais demonstre que suas regras são superiores, pelo contrário. Atores sociais usam o cumprimento para avançar em seus objetivos. Estados podem usar o cumprimento das sentenças de tribunais de Direitos Humanos para alcançar uma variedade de objetivos políticos, incluindo: (1) sinalizar um compromisso com os Direitos Humanos; (2) avançar e legitimar a reforma interna dos Direitos Humanos; e (3) proteger politicamente questões controversas (HILLEBRECHT, 2014).

Para chegar a esses resultados, Hillebrecht faz uma combinação de análises quantitativas do cumprimento em casos envolvendo a Argentina, Brasil, Colômbia, Itália, Portugal, Rússia e Reino Unido. Essa análise é realizada mediante técnicas de cálculo estatístico em que a autora busca identificar padrões de cumprimento e compará-los entre si. A autora critica o modo como a CorteIDH trabalha o cumprimento, por oferecer categorias genéricas e ambíguas que além de omitir detalhes importantes, não permitem comparações entre os casos a fim de mostrar um panorama geral do cumprimento na região (HILLEBRECHT, 2014).

À vista disso, Hillebrecht propõe a necessidade de se instaurar um indicador de cumprimento no SIDH como um instrumento para avaliá-la. Esse indicador deve ter como diretrizes fundamentais: (a) a facilidade da compreensão pelo usuário; (b) a clareza nas informações publicadas; (c) a capacidade de providenciar um cenário específico de cumprimento na região. Além disso, deve incentivar os Estados a cumprir ao máximo as decisões, divulgando os casos de sucesso, mantendo os responsáveis pelos seus compromissos (HILLEBRECHT, 2014, p. 42)

Após essa revisão da literatura sobre o cumprimento de segunda ordem, é necessário destacar a proposta de entendimento que este trabalho irá utilizar. Corroborando ao entendimento de Hathaway de que cumprimento é um conceito passível de ser escalonado (HATHAWAY, 2002), assumimos um conceito combinado desta categoria, tomando como parâmetro imediato os esforços de Courtney Hillebrecht, Hawkins e Jacoby.

Dessa forma, entendemos o *cumprimento* como um processo de implementação das sentenças da CorteIDH no âmbito doméstico do Estado condenado, que deve ser avaliada pelo quanto as ordens de reparação que foram impostas são implementadas. Esse diálogo é necessário porque compreendemos que o

cumprimento não é algo inerte, e sim uma atividade que tem como uma de suas etapas, a implementação.

Quando Hillebrecht ensina que o cumprimento é um processo, ela já está incluindo nesse conceito, uma perspectiva de mudança, uma vez que defende que o modo mais importante das cortes de Direitos Humanos conseguirem impactar o âmbito interno de um Estado é por meio do cumprimento das sentenças (HILLEBRECHT, 2014).

Esta conceituação também implica numa postura ativa do Estado condenado, por isso, entendemos como uma postura que favorece o cumprimento das sentenças da CorteIDH, quando houver uma atuação razoável que resulte no cumprimento das obrigações a que se referem as medidas de reparação. O contrário, uma postura de inércia estatal, será considerado como uma postura de resistência ao cumprimento, isto é, uma postura de não-cumprimento. A postura intermediária, ou seja, uma postura ativa, mas que não conseguiu alcançar todas as nuances que envolvem a medida de reparação, será considerada como uma postura de cumprimento parcial. Desse modo, no momento da identificação desta última postura serão utilizadas as tipologias propostas por Hawkins e Jacoby para verificar a existência de padrões de posturas estatais no cumprimento das reparações entre as medidas de reparação impostas aos países.

Assim, por termos esse referencial teórico como base da nossa pesquisa, utilizaremos: o entendimento de Hillebrecht sobre cumprimento, para analisar o cumprimento das medidas de reparação dos casos brasileiros e mexicanos, por isso não analisaremos qualitativamente a mudança provocada por este processo de implementação, mas a própria mudança através da identificação das diferentes respostas estatais; e, ao final, com as medidas de adequação institucionais identificadas, utilizaremos as tipologias criadas por Hawkins e Jacoby para analisar possíveis tendências quanto ao cumprimento dos casos brasileiros e mexicanos que se encontram na categoria do *cumprimento parcial*.

## **2. Casos Brasileiros e Mexicanos: Sentença e Cumprimento**

Nesta seção apresentaremos a sistematização dos casos selecionados para avaliar os principais aspectos relativos ao cumprimento das decisões da CorteIDH. Nesse intuito, organizamos os casos por meio de quadros que ilustram: a

natureza das medidas de reparação; as medidas de reparação em si; o grau de cumprimento das decisões; e a indicação das respectivas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença emitidas pelas CorteIDH. Essa estrutura teve como base a proposta metodológica de Hawkins e Jacoby que para uma análise mais adequada do cumprimento das decisões da CorteIDH, indica que primeiro, seja esboçado o grau de cumprimento geral de cada caso, para em seguida, comparar os níveis de cumprimento das medidas individuais de cada decisão (HAWKINS; JACOBY, 2008).

No tocante a natureza das medidas de reparação, é relevante destacar que utilizamos a classificação já apresentada anteriormente, que divide as reparações em cinco classificações, a lembrar: (a) medidas de restituição, com reparação monetária ou não; (b) medidas de reabilitação; (c) medidas de satisfação; (d) garantias de não repetição; e (e) as medidas de obrigação positiva, conforme nosso próprio entendimento. Isso se deve pelo fato de que nem sempre a CorteIDH apresenta explicitamente a natureza da reparação em suas sentenças, na parte resolutiva, razão pela qual, optamos em apresentá-las com base na explicação que oferecemos acima. Agrupamos cada uma das medidas de reparação enumeradas pela CorteIDH conforme sua natureza. Em seguida, expomos o grau de cumprimento dessas medidas de reparação conforme respectivamente analisadas nas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença.

Nesse sentido, nesta seção nos concentraremos tão somente nos documentos oficiais (sentenças de mérito, resoluções de supervisão de cumprimento de sentença e relatórios anuais) emitidos pela própria CorteIDH, para apresentar um panorama fiel de suas manifestações com relação ao nível de cumprimento de suas decisões. Assim, neste momento, nos restringiremos a apresentar a visão da própria CorteIDH, deixando para avaliar a atuação do tribunal em momento posterior. Justifica-se esta escolha em razão de ser a CorteIDH a entidade competente, por excelência (conforme dispõe a CADH), para monitorar, fiscalizar, avaliar, e determinar se um caso está: não cumprido; cumprido parcialmente; ou cumprido totalmente.

## **2.1. Brasil na CorteIDH**

O Brasil ratificou a Convenção Americana em 09 de julho de 1992, a depositou em 25 de setembro do mesmo ano e aceitou a competência da CorteIDH

em 10 de dezembro de 1998. E apesar de ser um país com notáveis representações entre os comissionados e os juízes da CorteIDH, tendo inclusive ocupado o cargo da presidência da CorteIDH em duas oportunidades<sup>17</sup>, não possui uma expressiva participação no sistema interamericano.

No âmbito contencioso do SIDH, até o fechamento deste artigo, a CorteIDH já emitiu 07 (sete) sentenças contra o Brasil, sendo 06 (seis) delas<sup>18</sup>, sentenças de responsabilização internacional e a outra em que não foi reconhecida a responsabilidade do estado brasileiro<sup>19</sup>. Para este trabalho, que visa avaliar as respostas estatais quanto ao cumprimento das medidas de reparação, destacamos sentenças que estão em fase de supervisão de cumprimento, isto é, classificadas como *parcialmente cumpridas* e que possuem medidas de reparações de naturezas distintas, ou seja, que em tese, demandam mais atividade estatal para a sua implementação, o que levou a escolha dos seguintes casos: *Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil* (2006) e *Sétimo Garibaldi Vs. Brasil* (2009)<sup>20</sup>.

A única sentença contra o Brasil considerada totalmente cumprida, refere-se ao caso *Escher e outros Vs. Brasil* (2009) que trata da responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela interceptação, monitoramento e divulgação das conversas telefônicas de integrantes de organizações comunitárias que mantinham relação com o Movimento dos Sem Terra (MST) pela Polícia Militar do estado do Paraná, em um contexto de conflito social relacionado com a reforma agrária nos estados brasileiros e de criminalização dos movimentos sociais. Na sentença de mérito de 2009, a CorteIDH resolveu que o Estado violou o direito à vida privada, à honra, à reputação e à liberdade de associação dos petionários. Como medidas de reparação,

---

17 Referimo-nos ao mandato do juiz Antonio Augusto Cançado Trindade e ao atual presidente da CorteIDH, juiz Roberto Caldas.

18 Caso *Nogueira de Carvalho Vs. Brasil*; *Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil*; *Sétimo Garibaldi Vs. Brasil*; *Escher e outros Vs. Brasil*; *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*; *Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil e Cosme Rosa Genoveva e outros (Favela Nova Brasília) Vs. Brasil*.

19 No caso *Nogueira de Carvalho* não foi reconhecida a responsabilização internacional do Brasil por falta de provas.

20 Apesar de o caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil* ainda encontrar-se como cumprido parcialmente, ele não será objeto de nosso estudo, pois outros trabalhos produzidos pela rede já o analisam. Conferir os trabalhos de Nassar e Bacelar e o de Magalhães, Soares e Vasconcelos publicados neste volume.

dispôs ao Estado que indenizasse pecuniariamente as vítimas; publicasse a sentença no Diário Oficial e em outro jornal de ampla publicação nacional e no estado do Paraná e investigasse os fatos que geraram as violações do referido caso. A supervisão de cumprimento de sentença iniciou-se em 2010 e foi finalizada pela CorteIDH em 2012<sup>21</sup>, 03 (três) anos após a publicação, pois como podemos observar, tratam-se de medidas de reparação bem mais simples, com características particulares, referindo-se especificamente às vítimas da sentença, diferente dos casos em que selecionamos para analisar o *cumprimento parcial*, que apresentam medidas de reparação complexas e genéricas, por tratarem de problemas estruturais do Estado brasileiro.

Dessa forma, analisaremos os casos que se encontram em cumprimento dividindo-os em duas partes: (a) a primeira parte irá trazer uma breve dissertação dos fatos do caso, dos direitos violados e das medidas de reparação ordenadas pela CorteIDH; e a (b) segunda parte apresentará o nível atual de cumprimento das medidas de reparação. A análise das medidas de adequação institucional realizada pelo Brasil será descrita no próximo tópico. Vejamos.

#### *a. Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil (2006)*

O caso se refere a responsabilização do estado brasileiro pela morte e maus tratos a Damião Ximenes Lopes em uma instituição mental, assim como pela falta de investigação e sanção dos responsáveis. Em outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes foi internado na Casa de Repouso de Guararapes a fim de receber tratamento psiquiátrico. Nessa época, essa casa era a única clínica psiquiátrica na região de Sobral, interior do estado do Ceará. No dia 04 de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes foi encontrado agonizando e em situações críticas de debilidade física por sua mãe, que pediu socorro ao médico presente no local. Entretanto, o médico não atendeu aos seus pedidos, ocasionando na morte de Damião Ximenes Lopes no mesmo dia (CORTEIDH 2006, Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil, par. 20).

---

21 Neste caso, a CorteIDH emitiu duas resoluções de cumprimento de sentença: uma em 17 de maio de 2010 e a última, em 19 de junho de 2012, na qual considerou o caso cumprido totalmente e o arquivou.

A causa da morte identificada pelo corpo médico foi de “morte natural, parada cardiorrespiratória” (CORTEIDH 2006, Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil, par. 13), sendo que o cadáver da vítima apresentava inúmeras marcas de tortura e hematomas. Após a realização de necropsia, constatou-se que a causa da morte era indeterminada. Inconformada, a família denunciou o caso à Delegacia de Polícia da Sétima Região de Sobral, a qual não demonstrou interesse na demanda, sendo que o processo criminal iniciado tardiamente apresentou diversas falhas na sua instrução. A irmã da vítima denunciou ao Estado os fatos, buscando a investigação e punição dos responsáveis, o que nunca ocorreu.

Em 22 de novembro de 1999, a família apresentou perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos denúncia contra o Brasil em razão da morte e das condições vividas por Damião Ximenes Lopes, enquanto estava sob a custódia da casa de repouso. Após a tramitação do caso no SIDH, em 04 de julho de 2006, a CorteIDH, por meio de sentença, reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro por violação aos artigos 4, 5, 8 e 25 cominados com o 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Dessa forma, determinou o cumprimento das seguintes medidas de reparação: a) garantias de não repetição: (i) desenvolver programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, e todas as pessoas vinculadas ao atendimento da saúde mental; (ii) medidas de obrigação positiva; (iii) garantir que o processo interno de investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos surta seus efeitos, dentro de um prazo razoável; (iv) publicar a sentença da CorteIDH sobre o caso no Diário Oficial e em jornal de grande circulação nacional.

Como a sentença foi publicada no ano de 2006, a CorteIDH iniciou o procedimento de supervisão de cumprimento dessa sentença a partir de 2008. Nesse sentido, dividindo os pontos resolutivos de acordo com a natureza da medida de reparação e classificando o seu grau de *cumprimento* a partir do entendimento que a CorteIDH expõe em suas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença, podemos traçar um cenário do cumprimento dessa sentença.

Assim, por mais que o Estado considere uma medida cumprida em um período “X”, para fins de pesquisa, este trabalho irá levar em consideração o período que a CorteIDH considera e declara em que nível de cumprimento se encontra a medida analisada. Motivos que nos levaram a confeccionar o seguinte quadro de cumprimento do caso Damião Ximenes Lopes:

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES Vs. BRASIL (2006)	GRAU DE CUMPRIMENTO	RESOLUÇÕES DE SUPERVISÃO EMITIDAS PELA CORTEIDH (ANOS)
Garantias de não repetição	Desenvolver programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, e todas as pessoas vinculadas ao atendimento da saúde mental.	CUMPRIDA PARCIALMENTE	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil de 02 de maio de 2008
Medidas de Obrigação positiva	<p>Garantir que o processo interno de investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos surta seus efeitos, dentro de um prazo razoável.</p> <p>Publicar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso no Diário Oficial e em jornal de grande circulação nacional</p>	CUMPRIDA PARCIALMENTE  CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2007	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil de 21 de setembro de 2009
Medidas de Satisfação e Restituição com Reparação monetária	<p>(4) O dano material ocasionado deve ser reparado mediante uma indenização pecuniária de U\$ 10.000,00 em favor da Sra. Irene Ximenes Lopes Miranda pela perda de ingressos; U\$ 1.500,00 a título de dano emergente à Sra. Albertina Viana Lopes.</p> <p>(5) O dano imaterial ocasionado deve ser reparado mediante uma indenização pecuniária: U\$ 50.000,00 para o senhor Damião Ximenes Lopes; U\$ 30.000,00 para Albetina Viana Lopes; U\$ 10.000,00 para Francisco Leopoldino Lopes; U\$ 25.000,00 para Irene Ximenes Lopes Miranda; U\$ 10.000,00 para Cosme Ximenes Lopes.</p>	CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2007	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil de 17 de maio de 2010



*Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais?  
As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México  
para dar Cumprimento às Sentenças da CorteIDH*

(6) Reembolso das custas e gastos às autoridades de jurisdição interna e o sistema interamericano de Direitos Humanos no valor de U\$ 10.000,00.	
--	--

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH. (CORTEIDH, Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2 de maio de 2008, 21 de setembro de 2009; 17 de maio de 2010: Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença.)

Com a leitura do quadro acima é possível perceber que o estado brasileiro não cumpriu totalmente com a sentença proferida pela CorteIDH, aliás, passados quase 08 (oito) anos da última resolução de cumprimento de sentença, não há qualquer outra manifestação oficial da CorteIDH quanto ao grau de cumprimento pelo Brasil.

Analisando este caso a partir dos padrões propostos por Hawkins e Jacoby, podemos dizer que se encaixa em um caso de *cumprimento ambíguo em meio a complexidade* ou “*ambiguos compliance amid complexity*”, que é identificado quando os Estados enfrentam tarefas particularmente impressionantes ou exigentes. Atribuímos esse padrão ao cumprimento do caso Damião Ximenes, porque faltam duas medidas de reparação para o caso ser considerado totalmente cumprido: a investigação e sanção dos responsáveis pelos maus tratos ao Damião, que é um processo que se encontra em sede de segunda instância e a CorteIDH comentou que após o trânsito em julgado que ela irá considerar como cumprida; e a garantia de não repetição, que se refere ao desenvolvimento de um programa de capacitação no tratamento de saúde mental que, segundo as resoluções de supervisão de cumprimento de sentença, o Brasil tem avançado quanto a esta medida, apresentando várias políticas públicas já desenvolvidas, porém a CorteIDH ao supervisionar este cumprimento, não deixa claro o que falta para essa medida ser considerada totalmente cumprida e nem quais são as próximas atividades estatais que ela irá levar em consideração para atender a esta medida.

### *b. Caso Sétimo Garibaldi vs. Brasil (2009)*

O caso se refere à responsabilidade internacional do Brasil pela falta de investigação e sanção aos responsáveis pelo homicídio de Sétimo Garibaldi. Em

novembro de 1998, a Fazenda São Francisco, de propriedade particular, localizada no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná foi ocupada por cerca de setenta famílias de trabalhadores rurais integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Na madrugada de 27 de novembro, aproximadamente vinte homens armados e encapuzados, contratados pelos proprietários, conduziram um despejo violento contra as famílias que estavam no local. Sétimo Garibaldi, uma das pessoas que ocupava a fazenda, foi atingido por um tiro de arma de fogo, o que o levou à morte.

As testemunhas oculares do episódio identificaram Morival Favoretto, coproprietário da Fazenda São Francisco, como responsável pelo grupo armado que tentou efetuar o despejo. A polícia compareceu à fazenda na data do fato, mas não tomou quaisquer medidas. O inquérito policial foi arquivado sem indicar responsáveis pelo crime e apesar dos indícios, não houve denúncia à Justiça. Diante de tais omissões, as organizações não-governamentais Terra de Direitos e Justiça Global, a Comissão Pastoral da Terra, o MST e a Rede Nacional de Advogados Populares denunciaram o caso em maio de 2003 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em 23 de setembro de 2009, a CorteIDH proferiu sentença, reconhecendo que o Estado brasileiro violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos familiares de Sétimo Garibaldi. Dessa forma, a CorteIDH condenou o Brasil a cumprir as seguintes medidas de reparação: (a) como medidas de obrigação positiva: (i) publicar partes da sentença no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação estadual, além de publicar na íntegra a sentença em página da web por no mínimo um ano; (ii) conduzir de forma eficaz e dentro de um prazo razoável a investigação para identificar, julgar e eventualmente, sancionar os autores da morte de Sétimo Garibaldi, assim como apurar e se necessário punir as eventuais faltas funcionais nas quais possam ter incorrido os funcionários públicos a cargo da investigação inicial; (b) como medidas de satisfação com reparação monetária: (iii) pagar aos familiares de Sétimo Garibaldi, a título de dano material e imaterial, o montante de U\$51.000,00 em favor de Iracema Garibaldi e U\$20.000,00 para cada um dos outros familiares (Darsônia Garibaldi, Vanderlei Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi); (iv) pagar a Iracema Garibaldi o montante de U\$8.000,00 pela restituição de custas e gastos.

A sentença deste caso foi publicada em 2009 e o respectivo monitoramento do cumprimento se iniciou em 2011. Desta forma, levando em consideração

*Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais?  
As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México  
para dar Cumprimento às Sentenças da Corte IDH*

os mesmos parâmetros utilizados para sistematizar o grau de cumprimento do caso Damião Ximenes Lopes, encontramos o quadro de cumprimento do caso Sétimo Garibaldi, abaixo:

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO SÉTIMO GARIBALDI VS. BRASIL (2009)	GRAU DE CUMPRIMENTO	RESOLUÇÕES DE SUPERVISÃO EMITIDAS PELA CORTEIDH (ANOS)
Medidas de Obrigação positiva	<p>(1) publicar partes da sentença no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação estadual, além de publicar na íntegra a sentença em página da web por no mínimo um ano;</p> <p>(2) Conduzir de forma eficaz e dentro de um prazo razoável a investigação para identificar, julgar e eventualmente, sancionar os autores da morte de Sétimo Garibaldi, assim como apurar e se necessário punir as eventuais faltas funcionais nas quais possam ter incorrido os funcionários públicos a cargo da investigação inicial</p>	<p><b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2011</b></p> <p><b>CUMPRIDA PARCIALMENTE</b></p>	<p>Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Sétimo Garibaldi Vs. Brasil de 20 de fevereiro de 2011</p>
Medidas de Satisfação com Reparação monetária	<p>(3) pagar aos familiares de Sétimo Garibaldi, a título de dano material e imaterial, o montante de U\$51.000,00 em favor de Iracema Garibaldi e U\$20.000,00 para cada um dos outros familiares (Darsônia Garibaldi, Vanderlei Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi);</p> <p>(4) pagar a Iracema Garibaldi o montante de U\$8.000,00 pela restituição de custas e gastos.</p>	<p><b>CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2012</b></p>	<p>Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Sétimo Garibaldi Vs. Brasil de 22 de fevereiro de 2012</p>

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH. (CORTEIDH, Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de fevereiro de 2011 e 22 de fevereiro de 2012: Caso Sétimo Garibaldi Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença.)

Com a leitura do quadro acima também é possível visualizar o mesmo grau de cumprimento quanto às medidas de reparação ordenadas pela CorteIDH e a ausência quanto às informações no que tange ao andamento da supervisão, tendo em vista que a última resolução emitida pela CorteIDH foi em 2012.

Segundo as tipologias de Hawkins e Jacoby, este é um caso que se encaixa na tendência denominada *decisões divididas* ou “*split decision*”, pois observa-se que somente uma medida de reparação ainda encontra-se aberta, mostrando que o Estado brasileiro cumpriu somente em partes a sentença da CorteIDH.

Passado as apresentações dos casos brasileiros que este trabalho abordará, passaremos agora a uma breve exposição dos casos mexicanos.

## 2.2. México na CorteIDH

O México ratificou a CADH em 02 de março 1981, a depositou vinte e dois dias depois, mas somente se submeteu à jurisdição da CorteIDH em 16 de dezembro de 1998. No SIDH, é um país de considerável participação se levarmos em consideração os juristas mexicanos que já comporam a CIDH e a CorteIDH, além da participação quanto à solicitação de opiniões consultivas à CorteIDH que proporcionaram a criação de marcos jurídicos importantes para o direito internacional, a saber, a Opinião Consultiva 16/99, que se refere ao direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal e ao estatuto jurídico; e a Opinião Consultiva 18/03 que trata dos direitos dos imigrantes em situação irregular.

No âmbito contencioso do SIDH, até o fechamento deste artigo, a CorteIDH já emitiu 08 (oito) sentenças contra o México, sendo 06 (seis) delas sentenças que o responsabilizaram internacionalmente por violações de Direitos Humanos com imposição de medidas de reparação no âmbito interno para a sanar tais violações<sup>22</sup>; uma sentença em que não foi reconhecida

---

22 Referimo-nos aos casos *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2008); *González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010); *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Caso Fernández Ortega e outros Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010); *Cabrera García e Montiel Flores Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010) e *Rosendu Cantú e outra Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010).

a responsabilidade internacional do México<sup>23</sup> e outra que homologou um acordo de solução amistosa<sup>24</sup>.

Semelhante à situação brasileira, temos somente uma única sentença contra o México considerada totalmente cumprida, refere-se ao caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2008) que trata da responsabilidade internacional do Estado pelo impedimento do peticionário de realizar sua inscrição à candidatura independente à presidência do México, que foi negado em razão dela não estar amparada por meio de um partido político nacional e pela inexistência de um recurso adequado e efetivo para questionar as decisões do Instituto Federal Eleitoral – IFE. Na sentença de mérito de 2008, a CorteIDH resolveu que o Estado violou o direito à proteção judicial do peticionário, mas isentou o México pelas supostas violações do direito político a ser eleito, bem como do direito à igualdade perante a lei. Como medidas de reparação, dispôs ao Estado como medidas de obrigação positiva que o México completasse a adequação do seu direito interno à CADH, de forma que mediante recurso seja garantido aos cidadãos, de forma efetiva, o questionamento da constitucionalidade da regulamentação legal do direito a ser eleito, publicasse a sentença no Diário Oficial e em outro jornal de publicação nacional; e como medida de satisfação com reparação monetária, o pagamento de custas ao peticionário. A supervisão de cumprimento de sentença iniciou-se em 2011 e foi finalizada pela CorteIDH em 2013<sup>25</sup>, 05 (cinco) anos após a publicação. A publicação da sentença e o pagamento das custas foram as primeiras medidas de reparação a serem consideradas totalmente cumpridas, em 2009 e 2011. Nos anos seguintes, a

---

23 A sentença referente ao caso *Alfonso Martín del Campo Dodd e seus familiares Vs. México* (2004) não reconheceu a responsabilização internacional do México por falta de competência em razão do tempo da CorteIDH em relação aos atos de tortura cometidos contra o peticionário com o objetivo de confessar um crime de homicídio, assim, este caso foi arquivado.

24 Aqui trata-se do caso *García Gruz e Sánchez Sivestre* (2013) que se refere a tortura, confissão e falta de devido processo penal que sofreram os senhores Juan García Cruz e Santiago Sánchez Silvestre pela Polícia Judicial do Distrito Federal, em 1997, e pela falta de investigação desses fatos por parte do judiciário mexicano. Nesta sentença, o Estado reconheceu sua responsabilidade internacional, logo, a CorteIDH homologou um acordo de solução amistosa entre as vítimas e os representantes do Estado, valorando-o positivamente pelo o seu alcance em solucionar esta controvérsia.

25 Neste caso, a CorteIDH emitiu três resoluções de cumprimento de sentença: uma em 20 de fevereiro de 2011, a segunda em 22 de fevereiro de 2012, e a última em 28 de agosto de 2013, na qual considerou o caso cumprido totalmente e o arquivou.

CorteIDH se ateuve à questão da adequação do direito interno mexicano à CADH. Em 2012, convocou as partes para apresentarem relatórios quanto a essa medida de reparação em uma audiência privada de supervisão de cumprimento de sentença e apresentou suas conclusões na resolução de 2013 em que considerou o caso cumprido totalmente.

Essa medida de reparação por demandar uma mudança na estrutura do Estado mexicano foi a mais complexa de ser monitorada, o que diferencia este caso totalmente cumprido, do caso *Escher e outros Vs. Brasil*. Essa constatação faz-se necessária porque a própria CorteIDH reconheceu que o cumprimento só foi alcançado graças a eventos paralelos e antecedentes à sentença. O tribunal elencou os seguintes fatores contributivos: (i) aplicação da reforma constitucional iniciada no México em 2007, antes da sentença; (ii) a mudança da Lei de Impugnação Eleitoral e da Lei Orgânica do Poder Judiciário da Federação que estabeleceu em nível legislativo a competência dos tribunais eleitorais para examinar a constitucionalidade das normas eleitorais nos casos concretos; (iii) a reforma constitucional de 2011, impulsionada pelo caso *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009), que proporcionou a interpretação da Suprema Corte sobre a obrigação do judiciário de realizar o controle de convencionalidade e, posteriormente, os precedentes judiciais mexicanos evidenciando essa prática como ordenado no cumprimento do caso *Radilla Pacheco*, garantindo a necessidade de acessibilidade e efetividade do juízo para a proteção dos direitos políticos eleitorais de candidatos independentes (CORTEIDH, Resolução de cumprimento de sentença do caso *Castañeda Gutman Vs. México* de 28 de agosto de 2013, p.13).

Isto é, apesar de o caso *Castañeda Gutman* encontrar-se arquivado e classificado como totalmente cumprido, esse nível de cumprimento só foi declarado pela CorteIDH, em certa medida, pelo monitoramento de outra sentença, o caso *Radilla Pacheco* que ainda está em cumprimento parcial. Importância esta reconhecida expressamente pela CorteIDH na resolução de cumprimento de sentença referenciada acima. O que demonstra a complexidade e a necessidade de uma análise mais detalhada dos casos cumpridos parcialmente.

Sendo assim, em coerência com o objeto de estudo deste trabalho, para a escolha dos casos mexicanos, levamos em consideração os mesmos parâmetros dos casos brasileiros, nisso, foram selecionados casos contenciosos que reconheceram a responsabilidade internacional do Estado e que se encontram atualmente em supervisão de cumprimento de sentença. Portanto, não analisaremos

a sentença que homologou o acordo de solução amistosa, por carecer de parâmetro comparativo com o contexto brasileiro e nem o caso em que se encontra totalmente cumprido que é o caso Castañeda Gutman, apesar de haver a influência de outro caso que ainda está sendo cumprido, mas este, será objeto de nosso estudo. Logo, analisaremos os seguintes: a) Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. Estados Unidos Mexicanos (2010); b) Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009); c) Caso Fernández Ortega e outros Vs. Estados Unidos Mexicanos (2010); d) Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. Estados Unidos Mexicanos (2010); e) Caso Rosendu Cantú e outra Vs. Estados Unidos Mexicanos (2010).

#### *a. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. Estados Unidos Mexicanos (2009)*

A sentença condenatória do Estado mexicano que será analisada refere-se ao caso “González e Outras”, também conhecido como caso “Campo Algodonero”. Trata-se de um emblemático caso do feminicídio das jovens Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, cujos corpos foram encontrados em uma plantação de algodão de Ciudad Juárez, no dia 6 de novembro de 2001. O Estado foi responsabilizado “pela falta de medidas de proteção às vítimas, duas das quais eram menores de idade; a falta de prevenção destes crimes, apesar do pleno conhecimento da existência de um padrão de violência de gênero que havia deixado centenas de mulheres e meninas assassinadas; a falta de resposta das autoridades frente ao desaparecimento; a falta de devida diligência na investigação dos assassinatos, bem como a denegação de justiça e a falta de reparação correta”.

Dessa forma, a CorteIDH considerou que foram violados os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, e à obrigação de adotar disposições de direito interno contemplada no artigo 2 da mesma; bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher). Foram constatadas ainda a violação dos direitos de acesso à justiça e proteção judicial, consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da

CADH. No mesmo caso, a CorteIDH reconheceu que houve o descumprimento do dever de não discriminação contido no artigo 1.1 da Convenção de Belém do Pará. Por fim, o Estado foi responsabilizado pela violação dos direitos da criança, consagrados no artigo 19 da Convenção de Belém do Pará, pois duas das vítimas eram menores de idade.

A sentença foi publicada em 2009 e a CorteIDH iniciou a supervisão de cumprimento de sentença, em 2013. No que diz respeito ao seu cumprimento, temos:

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO GONZÁLEZ E OUTRAS (CAMPO ALGODONERO) VS. MÉXICO	GRAU DE CUMPRIMENTO	RESOLUÇÕES DE SUPERVISÃO EMITIDAS PELA CORTEIDH (ANOS)
<p><b>Garantias de Não Repetição</b></p>	<p>(1) Normatização de protocolos, manuais, critérios ministeriais de investigação, serviços periciais e de administração da justiça, utilizados para investigar os delitos que se relacionem com desaparecimentos, violência sexual e homicídios de mulheres;</p> <p>(2) Criação de uma página eletrônica que deverá ser atualizada permanentemente y deve conter a informação pessoal necessária de todas as mulheres, jovens e meninas que desapareceram em Chihuahua desde 1993 e que continuam desaparecidas;</p> <p>(3) Implementação de programas e cursos permanente de educação e capacitação em direitos humanos e gênero; perspectiva de gênero para a devida diligência na condução de averiguações prévias e processos judiciais relacionados com a discriminação, violência e homicídios de mulheres por razões de gênero, e a superação de estereótipos sobre o rol social das mulheres dirigidos a funcionários públicos;</p>	<p><b>CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2013</b></p>	<p>Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de 21 de maio de 2013.</p>



*Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais?  
As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México  
para dar Cumprimento às Sentenças da CorteIDH*

	(4) Programas de educação destinados à população em geral do estado de Chihuahua, com o fim de superar dita situação		
<b>Garantias de Não Repetição</b>	(5) Adequação do Protocolo Alba ou, em seu defeito, a implementação de um novo dispositivo análogo com as diretrizes assinaladas na Sentença;	<b>NÃO CUMPRIDA</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de 21 de maio de 2013.
<b>Garantias de Não Repetição</b>	(6) Criação de uma base de dados que contenha informação pessoal, genética das mulheres e meninas desaparecidas, familiares das pessoas desaparecidas que concordem – ou que o juiz assim o determine – assim como dos corpos de qualquer mulher ou menina não identificada que fora encontrado sem vida no estado de Chihuahua;	<b>CUMPRIDA PARCIALMENTE EM 2013</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de 21 de maio de 2013.
<b>Medidas de Obrigação positiva</b>	(7) Conduzir eficazmente os processos penais em curso e, se for o caso, que abriu no futuro para identificar, julgar e, se necessário, punir os autores materiais e intelectuais do desaparecimento, abuso e privação da vida jovem González, Herrera e Ramos  (8) Investigar e, se for o caso, sancionar os responsáveis pelas perseguições que tem sido objeto os familiares das vítimas  (9) Atenção médica, psicológica ou psiquiátrica gratuita, de forma imediata, adequada e efetiva, através de instituições estatais de saúde especializadas aos familiares considerados vítimas	<b>NÃO CUMPRIDA</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de 21 de maio de 2013.

<p><b>Medidas de Obrigação positiva</b></p>	<p>(10) Investigar, por meio das Instituições públicas competentes, os funcionários acusados de irregularidades e, depois do devido processo, aplicar as sanções administrativas, disciplinares ou penais correspondente aos responsáveis</p>	<p><b>NÃO CUMPRIDA</b></p>	<p>Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de 21 de maio de 2013.</p>
<p><b>Medidas de Satisfação</b></p>	<p>(11) Publicação da Sentença          (12) Realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação com os fatos do presente caso, em honra à memória de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González          (13) Levantar um monumento em memória das mulheres vítimas de homicídio por razões de género em Ciudad Juárez</p>	<p><b>CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2013</b></p>	<p>Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de 21 de maio de 2013.</p>
<p><b>Medidas de Satisfação com Reparação monetária</b></p>	<p>(14) Pagamento das indenizações e compensações por danos materiais e imateriais e a reintegração de custas e gastos.</p>	<p><b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2013</b></p>	<p>Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de 21 de maio de 2013.</p>

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH. (CORTEIDH, Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de maio de 2013: Caso González e outras Vs. México. Supervisão de Cumprimento de Sentença.)

Segundo as tipologias de Hawkins e Jacoby, este é um caso que se encaixaria na tendência denominado de *câmera lenta* ou “*slow-motion*”, e acontece quando o Estado atua em direção ao cumprimento, mas não atende completamente a todas as medidas de reparação editadas pela CorteIDH, e escolhe o determina o ritmo em que ele vai cumprir com a sentença.

*b. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009)*

O terceiro caso refere-se ao desaparecimento forçado do senhor Rosendo Radilla Pacheco, ocorrido em 25 de agosto de 1974, nas mãos de membros do Exército do Estado de Guerrero, México. De acordo com o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as alegadas violações deste ato se prolongam até o momento em que o Estado Mexicano estabelecer o paradeiro da alegada vítima ou encontre seus restos mortais, uma vez que há mais de 33 anos da data em que ocorrera o desaparecimento forçado existe total impunidade, considerando que o Estado não sancionou penalmente os responsáveis, nem assegurou aos familiares uma adequada reparação.

No caso em apreço, o México foi condenado pela violação dos direitos de liberdade pessoal, da integridade pessoal, do reconhecimento da personalidade jurídica e do direito à vida, consagrados nos artigos 7.1, 5.1, 5.2, e 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como dos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. Foi responsabilizado ainda pela violação dos direitos a garantias judiciais e à proteção judicial, reconhecidos nos art. 8.1 e 25.1 da CADH, bem como por não cumprir o dever de adotar disposições de direito interno em relação aos artigos I e III da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.

A sentença foi publicada em 2009 e a CorteIDH iniciou a supervisão de cumprimento de sentença em 2012. Sobre o grau de cumprimento, temos o seguinte:

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (2013)	GRAU DE CUMPRIMENTO	RESOLUÇÕES DE SUPERVISÃO EMITIDAS PELA CORTEIDH (ANOS)
Medidas de Obrigação positiva	(1) Obrigação de investigar os atos, identificar, julgar e de acordo com cada caso sancionar os responsáveis.	NÃO CUMPRIDA	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Radilla Pacheco, Vs. México de 19 de maio de 2011.

	(2) Determinação do paradeiro do senhor Rosendo Radilla Pacheco	<b>NÃO CUMPRIDA</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Radilla Pacheco, Vs. México de 19 de maio de 2011.
<b>Medida de satisfação e não repetição</b>	(3) Reformas às disposições legais: compatibilizar o art. 215-A do Código Penal Federal com os padrões internacionais em matéria da Convenção Americana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.  (4) Reformas Constitucionais e legislativas em matéria de Jurisdição Militar: compatibilizar o artigo 57 do Código de Justiça Militar.	<b>CUMPRIDAS PARCIALMENTE</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença dos Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros e Rosendo Cantú Vs. México de 17 de abril de 2015.
	(5) Tipificação adequada do delito de desaparecimento forçado de pessoas.	<b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2013</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Radilla Pacheco, Vs. México de 14 de maio de 2013.
<b>Garantia de não-repetição</b>	(6) Restabelecimento da memória através da realização da biografia da vida do senhor Rosendo Radilla Pacheco.  (7) Indenizações, compensações, custas e gastos	<b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2013</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Radilla Pacheco, Vs. México de 14 de maio de 2013.

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH. (CORTEIDH, Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de maio de 2011; de 1 de dezembro de 2011; 28 de junho de 2012; de 14 de maio de 2013 e 17 de abril de 2015: Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicano. Supervisão de Cumprimento de Sentença.)

Analisando esta sentença conforme os padrões sugeridos por Hawkins e Jacoby, este é um caso de *cumprimento parcial* que também pode ser classificado na tendência denominado de *decisões divididas* ou “*split decision*”, tendo em vista que o Estado está cumprindo por partes as medidas de reparação ordenadas pela CorteIDH.

*c. Caso Fernández Ortega e Outros Vs. Estados Unidos Mexicanos (2010) e Caso Rosendo Cantú e Outra Vs. Estados Unidos Mexicanos (2010)*

Os casos “Fernández Ortega e Outros” e “Rosendo Cantú e Outra” serão analisados conjuntamente, tendo em vista tratem-se de episódios com violações semelhantes, que constituem o que se denominou de “violência institucional militar” contra vítimas do gênero feminino. Critério utilizado pela CorteIDH para supervisionar o cumprimento desses casos de modo conjunto.

O primeiro caso se refere à responsabilidade internacional do Estado mexicano pelo estupro e tortura da senhora Fernández Ortega, ocorrido em 22 de março de 2002. Tais fatos ocorreram em um contexto de presença militar no estado de Guerrero, cuja intenção seria reprimir as atividades ilegais, como o crime organizado. No estado de Guerrero, um importante percentual da população pertence a comunidades indígenas que residem em municípios de grande marginalização e pobreza.

A senhora Fernández Ortega pertencia à comunidade indígena Me’phaa, residente em Barranca Tecoani, comunidade que se encontra em uma região montanhosa, isolada e, portanto, de difícil acesso. No dia 22 de março de 2002, a senhora Fernández Ortega se encontrava em sua casa na companhia de seus quatro filhos, quando um grupo de aproximadamente 11 militares, armados, aproximaram-se de sua casa, tendo três deles ingressado no domicílio e estupro a vítima.

No âmbito do processo perante a CorteIDH, o Estado mexicano realizou um reconhecimento parcial da responsabilidade internacional, o qual foi aceito pela CorteIDH. Assim, reconheceu que o Estado é responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal, à dignidade; à vida privada; garantias judiciais; a não ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas no seu domicílio e pelos atos de tortura cometidos em prejuízo da senhora Fernández Ortega.

A sentença foi publicada em 2010. A CorteIDH iniciou a supervisão de cumprimento de sentença no mesmo ano. Sobre o cumprimento, temos:

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO FERNÁNDEZ ORTEGA E OUTROS VS. MÉXICO (2010)	GRAU DE CUMPRIMENTO	RESOLUÇÕES DE SUPERVISÃO DE EMITIDAS PELA CORTEIDH (ANOS)
Garantias de não repetição	(1) Reformas legislativas para compatibilizar o artigo 57 do Código de Justiça Militar  (2) Recurso efetivo para impugnar a competência da jurisdição penal militar	<b>CUMPRIDAS PARCIALMENTE</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença dos Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros e Rosendo Cantú Vs. México de 17 de abril de 2015.
Medidas de Obrigação positiva	(3) Tratamento médico e psicológico  (4) Concessão de bolsas de estudo em instituições públicas mexicanas  (5) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional	<b>CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2014</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença dos Casos Fernández Ortega e outros e Rosendo Cantú Vs. México de 21 de novembro de 2014.
Medidas de Obrigação positiva	(6) Investigar os fatos e identificar, julgar e eventualmente sancionar os responsáveis  (7) Criação de um protocolo para a investigação diligente de atos de violência  (8) Criação de Programas permanentes de educação em direitos humanos nas Forças Armadas	<b>NÃO CUMPRIDAS</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Fernández Ortega e outros e Vs. México de 25 de novembro de 2010.

*Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais?  
As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México  
para dar Cumprimento às Sentenças da CorteIDH*

<b>Medidas de Satisfação com Reparação monetária</b>	<p>(9) O dano imaterial ocasionado deve ser reparado mediante uma indenização pecuniária: U\$ 50.000, a favor da senhora Fernández Ortega; U\$10,000.00 a favor de cada uma das filhas maiores; US\$5.000,00 a favor de Colosio Prisciliano Fernández, Nérida Prisciliano Fernández y Neftalí Prisciliano Fernández e US\$2.500,00 a favor del señor Prisciliano Sierra</p> <p>(10) Reembolso das custas e gastos à CEJIL e à Tlachinollan no valor de U\$ 10.000 e US\$ 1.000,00 à senhora Fernández Ortega</p>	<b>CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2014</b>	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença dos Casos Fernández Ortega e outros e Rosendo Cantú Vs. México de 21 de novembro de 2014.
--	--	-------------------------------------	--

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH. (CORTEIDH, Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 25 de novembro de 2010; 21 de novembro de 2014 e 17 de abril de 2015: Caso Fernández Ortega Vs. Estados Unidos Mexicano. Supervisão de Cumprimento de Sentença.)

A segunda demanda, referente ao caso Rosendo Cantú e outra Vs. Estados Unidos Mexicano, também diz respeito a um caso de violação sexual e tortura em um contexto de presença militar no estado de Guerrero, agora em face da senhora Rosendo Cantú, ocorrida no dia 16 de fevereiro de 2002. Nesse caso, o Estado mexicano foi acusado pela falta da devida diligência na investigação e sanção dos responsáveis pelos fatos, pelas consequências dos fatos do caso na filha da vítima, pela falta de reparação adequada em favor da vítima e seus familiares, pela utilização do foro militar para a investigação e julgamento de violações de direitos humanos e pelas dificuldades que os indígenas enfrentam, em particular as mulheres, para ter acesso à justiça e aos serviços de saúde.

Assim como no caso Fernandez Ortega, a CorteIDH aceitou o parcialmente o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado mexicano. Assim, reconheceu que o Estado é responsável pela violação dos direitos da criança; da integridade pessoal, da dignidade; à vida privada; das garantias judiciais; e pelos atos de tortura em prejuízo da senhora Rosendo Cantú.

A sentença foi publicada em 2010 e no mesmo ano, a CorteIDH iniciou a supervisão de cumprimento de sentença. Sobre o cumprimento, temos:

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO ROSENDO CANTÚ E OUTRA VS. MÉXICO (2010)	GRAU DE CUMPRIMENTO	RESOLUÇÕES DE SUPERVISÃO EMITIDAS PELA CORTEIDH (ANOS)
Garantias de não repetição	(1) Reformas legislativas para compatibilizar o artigo 57 do Código de Justiça Militar (2) Recurso efetivo para impugnar a competência da jurisdição penal militar	CUMPRIDAS PARCIALMENTE	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença dos Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros e Rosendo Cantú Vs. México de 17 de abril de 2015.
Medidas de Obrigação positiva	(3) Tratamento médico e psicológico. (4) Concessão de bolsas de estudo em instituições públicas mexicanas (5) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional	CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2014	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença dos Casos Fernández Ortega e outros e Rosendo Cantú Vs. México de 21 de novembro de 2014.
Medidas de Obrigação positiva	(6) Investigar os fatos e identificar, julgar e eventualmente sancionar os responsáveis (7) Criação de um protocolo para a investigação diligente de atos de violência (8) Criação de Programas permanentes de educação em direitos humanos nas Forças Armadas	NÃO CUMPRIDA	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México de 25 de novembro de 2010.
Medidas de Satisfação com Reparação monetária	(9) O dano imaterial ocasionado deve ser reparado mediante uma indenização pecuniária: U\$ 60.000,00 a favor da senhora Rosendo Cantú e U\$10.000,00 a favor de Yenys Bernardino Rosendo;	CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2014	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença dos Casos Fernández Ortega e outros



*Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais?  
As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México  
para dar Cumprimento às Sentenças da CorteIDH*

(10) Reembolso das custas e gastos à CEJIL e à Tlachinollan no valor de U\$ 10.000 e US\$ 1.000,00 à senhora Rosendo Cantú	e Rosendo Cantú Vs. México de 21 de novembro de 2014.
--	---

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH. (CORTEIDH, Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 25 de novembro de 2010; 21 de novembro de 2014 e 17 de abril de 2015: Caso Rosendo Cantú Vs. México. Supervisão de Cumprimento de Sentença.)

Assim como o caso Radilla Pacheco, os casos Fernández Ortega e Rosendo Cantú também podem ser classificados como um cumprimento parcial com tendência de *decisões divididas* ou “*split decision*”, que ocorre quando o Estado condenado cumpre somente parte da sentença. Nesses casos, é importante destacar o trabalho estratégico que a CorteIDH que propicia o cumprimento, que é o de realizar a análise conjuntamente desses casos, uma forma de otimizar o tempo no monitoramento do cumprimento e de tratar as demandas a partir de um contexto estrutural de cada país.

#### *d. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos (2010)*

O caso se refere a responsabilidade internacional do Estado pela detenção arbitrária e os tratos cruéis e degradantes a que foram submetidos Teodoro Cabrera García e Rodolfo Montiel Flores, assim como pela falta de investigação e sanção dos responsáveis.

Os fatos iniciaram em 02 de maio de 1999, quando o senhor Montiel Flores se encontrava fora da casa do senhor Cabrera García, junto a outras pessoas, na comunidade de Pizotla, Município de Ajuchtlán del Progreso, estado de Guerrero. Aproximadamente 40 membros do 40º Batalhão da Infantaria do Exército Mexicano entraram na comunidade, para iniciar uma operação contra essas pessoas.

Os senhores Cabrera e Montiel foram presos e ficaram submetidos a essa condição até 04 de maio de 1999, dia em que foram transferidos até as instalações do 40º Batalhão da Infantaria do Exército Mexicano. Durante a privação de liberdade, os senhores Cabrera e Montiel foram agredidos e maltratados. Posteriormente, certos membros do Exército apresentaram uma queixa-crime contra eles pela prática do crime de porte de armas de fogo de uso exclusivo das forças armadas e pelo plantio

de papoula e maconha, iniciando a perseguição criminal, que levou a condenação dos senhores Cabrera Garcia, 06 anos e 8 meses, e Montiel, 10 anos, em 28 de agosto de 2000. Esta sentença foi contestada por vários tribunais. As vítimas saíram da prisão em 2001, por motivos de saúde, para cumprir a pena em casa.

Estes fatos levaram a condenação do México em 2010. A CorteIDH declarou que o Estado é responsável internacionalmente pela violação ao direito à liberdade pessoal, integridade pessoal; garantias judiciais; liberdade de associação; direito à defesa e das obrigações de investigar e sancionar os alegados atos de tortura que sofreram as vítimas e os seus familiares.

Sobre as medidas de reparação impostas na sentença e seu cumprimento, temos:

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO (2010)	GRAU DE CUMPRIMENTO	RESOLUÇÕES DE SUPERVISÃO EMITIDAS PELA CORTEIDH (ANOS)
Garantias de não repetição	<p>(1) Adotar reformas legislativas para compatibilizar o art. 57 do Código de Justiça Militar aos parâmetros internacionais na matéria e à CADH, bem como adotar reformas legislativas pertinentes para que as pessoas respondendo no foro militar contem com um recurso efetivo para impugnar sua competência; 2013</p> <p>(2) Adotar as medidas complementares para fortalecer o funcionamento e utilidade do registro de detenção;</p> <p>(3) Continuar implementando programas e cursos de capacitação sobre investigação diligente em casos de tratamentos cruéis e tortura, assim como fortalecer as instituições do Estado através da capacitação de funcionários das Forças Armadas sobre os princípios e normas de proteção aos direitos humanos e sobre os limites aos quais estão submetidos; 2012</p>	CUMPRIDA PARCIALMENTE EM 2013	Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México de 21 de agosto de 2013.

*Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais?  
As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México  
para dar Cumprimento às Sentenças da Corte IDH*

<b>Medidas de Obrigação positiva</b>	<p>(4) Conduzir a investigação penal dos fatos do presente caso, em particular dos atos de tortura contra os senhores Cabrera e Flores, para determinar as eventuais responsabilidades penais e aplicar as devidas sanções previstas em lei, bem como adiantar as ações disciplinares, administrativas ou penais pertinentes em relação às irregularidades penais e investigativas demonstradas;</p> <p>(5) Realizar as publicações da Sentença de Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas; 07/06/11</p>	<b>CUMPRIDA PARCIALMENTE</b>	<p>Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México de 01 de setembro de 2016.</p>
<b>Medidas de Satisfação com Reparação monetária</b>	<p>(6) Outorgar a soma fixada no §221 da Sentença de Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, para tratamento médico e psicológico, bem como para medicamentos e outros gastos relacionados;</p> <p>(7) Pagar, no prazo de 1 (um) ano: pagamento do dano material - US\$5.500,00 à Teodoro Cabrera e US\$5.500,00 à Rodolfo Montiel;</p> <p>(8) E Dano Imaterial - US\$20.000,00 à cada vítima do caso e Reembolso por Custas e Gastos - US\$20.658 à CEJIL; Honorários – US\$17.307,00 ao Centro Prodh e gastos durante o processo US\$17.708,00 à CEJIL e US\$10.042,00 ao Centro Prodh.</p>	<b>CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2011</b>	<p>Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México de 21 de agosto de 2013.</p>

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH. (CORTEIDH, Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de agosto de 2013; 17 de abril de 2015 e 01 de setembro de 2016: Caso Cabrera García e Montiel Flores. Supervisão de Cumprimento de Sentença.)

Assim como os casos anteriores, esse também é um caso de cumprimento parcial com tendência de *decisões divididas* ou “*split decision*”, pois observamos

que houve o cumprimento total das medidas mais simples, isto é, as referentes a pagamento de compensação monetária, mas que se encontra com cumprimento em aberto quanto às garantias de não repetição, que apresentam mudanças mais complexas, como mudanças legislativas.

### **3. As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e pelo México**

Nesta quarta seção, discutiremos a implementação no âmbito interno das medidas de reparação impostas pela CorteIDH nas sentenças dos casos brasileiros e mexicanos reportados acima. Mas, antes de adentrarmos na análise propriamente dita, é importante discorrer sobre categorias, que no uso comum da linguagem, geralmente são utilizados como sinônimos, mas necessitam ser diferenciadas para a adequada compreensão do tema: cumprimento, respostas/medidas de adequação institucional e reforma institucional.

Utilizamos essas categorias em um contexto de atuação estatal que seja coerente com a garantia de não repetição das violações de Direitos Humanos reconhecidas nas sentenças e com as medidas de reparação ordenadas pela CorteIDH. Dessa forma, consideramos como cumprimento as ações estatais que levem ao adimplemento de uma determinada medida de reparação, e que a CorteIDH tenha oficialmente relatado e reconhecido tais atos na Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença. Isto é, a CorteIDH em sua sentença irá determinar quais medidas constituem um “cumprimento”.

Por outro lado, consideramos como respostas/medidas de adequação institucional ato estatal que proporcionou a implementação de determinada medida de reparação e uma mudança no âmbito interno. Essas respostas nem sempre serão determinadas pela CorteIDH no âmbito das sentenças, pois serão todas as medidas criadas pelo Estado que favoreceram o cumprimento da sentença e que são coerentes com a garantia de não repetição das violações de direitos humanos, pois, em que pese este ato estatal possa se assemelhar a outra medida de reparação, são atos estatais que não foram previstos pela CorteIDH no momento da publicação da sentença e da edição da medida de reparação, ou seja, são atos que correspondem ao efeito não previsto pela sentença escrita, mas que a postura estatal de compromisso com o tema, a criou.

Diante desta comparação, temos que todo cumprimento de sentença constitui uma resposta institucional, todavia, nem toda resposta institucional será considerada como medida de cumprimento das sentenças da CorteIDH. Como veremos mais adiante, este é um dos aspectos a serem considerados como problemáticos na avaliação do cumprimento das decisões, visto que o Estado pode produzir várias respostas, mas a CorteIDH não as reconhecer oficialmente como um cumprimento.

Quanto à reforma institucional, entendemos que está para além das medidas criadas pelo Estado e que provocaram uma mudança no âmbito interno, pois relaciona-se com a efetividade desta mudança. Ou seja, a reforma institucional é o efeito secundário das respostas/medidas de adequação institucional, pois relacionam-se com a possibilidade de impacto concreto que as sentenças da CorteIDH podem vir a causar.

Neste sentido, não há uma relação de dependência entre cumprimento e reforma institucional, uma vez que não há como se avaliar a efetividade de uma reforma institucional pelo simples cumprimento de uma medida de reparação. O que não significa dizer que em alguns contextos, um cumprimento integral de uma sentença não favoreça uma reforma institucional. Dessa forma, o cumprimento pode ser considerado, em alguns casos, como um dos mecanismos para se estimar a efetividade desta mudança. Assim como, as respostas/medidas de adequação institucional apenas indicam a mudança em si.

Esta pesquisa utiliza cumprimento, resposta/medidas de adequação institucional e reforma institucional nesse sentido, como conceitos distintos. Logo, quando pretendemos avaliar as respostas institucionais do Brasil e do México nas sentenças emitidas pela CorteIDH, não estamos nos referindo a efetividade destas respostas ou como, e se, provocaram alguma reforma institucional, pois tal debate extrapolaria os limites do nosso artigo. Porém, queremos identificar quais as respostas que os estados ofereceram aos casos e que tipos de casos e medidas requeridas podem criar uma tendência do estado a um tipo de mudança institucional.

As respostas institucionais catalogadas até o momento encontram-se exemplificadas abaixo. Vejamos.

Quanto ao Brasil, a partir do caso Damião Ximenes Lopes, houve a criação do programa “Justiça Plena” pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se apresenta como um passo importante em prol da implementação das medidas relacionadas ao acesso à justiça. Este programa foi criado em 2010 com a fina-

lidade de monitorar e aumentar a transparência dos casos, principalmente os de grande repercussão social. As entidades que participam do CNJ indicam os casos, onde os mesmos são objetos de relatórios públicos que visam verificar a marcha processual e apuração de demoras injustificadas para o prosseguimento dos processos. A Secretaria Nacional de Direitos Humanos é participante do CNJ e a mesma passou a solicitar o acompanhamento das ações que pela demora originaram ou poderiam ensejar sanções pela Comissão ou Corte IDH. A colaboração entre o CNJ e a SDH já existia antes da criação do programa “Justiça Plena”, mas com a criação do mesmo o diálogo com o Poder Judiciário foi facilitado, amenizando a dificuldade de convencimento dos principais envolvidos para a implementação das medidas.

Além disso, a partir desse caso, Advocacia Geral da União (AGU) passou a atuar mais diretamente junto ao judiciário brasileiro, por sua facilidade de articulação com atores desse Poder. Especialmente quanto ao cumprimento das sentenças da Corte IDH, as quais são discutidas em conjunto pela AGU, o Ministério das Relações Exteriores e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Neste caso verificou uma reorganização de papéis no que tange à apresentação das manifestações brasileiras no SIDH.

No tocante à medida de reparação positiva de iniciar um programa de formação e capacitação para todas as pessoas vinculadas à saúde mental, o Brasil avançou para além da criação desse programa, pois, a sentença do caso propiciou o desenvolvimento de políticas públicas ligadas ao Sistema Único de Saúde (SUS) quanto ao tratamento de saúde para pessoas com transtorno psíquico, através da Política Nacional de Educação Permanente em Saúde (PNEPS), a Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde, além de outros programas e bolsas estudantis ligadas a temática. Assim como, houve um avanço no tratamento de saúde mental que ocorre de maneira descentralizada, por meio de uma rede extra hospitalar, dos centros terapêuticos e dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS).

Quanto ao caso Sétimo Garibaldi, não foram encontradas medidas diversas das que a Corte IDH estipulou em sua sentença. No âmbito interno, o Superior Tribunal de Justiça, em 23 de fevereiro de 2016 – conheceu do recurso que em seu mérito, traz a discussão se vai reabrir o inquérito policial por causa da prescrição. Este caso tinha sido arquivado em 2012.

No que se refere ao Estado do México, verificamos uma significativa mudança no poder judiciário mexicano a partir da aplicação do controle de conven-

cionalidade em todas as instâncias, ou seja, uma reforma institucional proporcionada pelo caso Radilla Pacheco, que se encontra em cumprimento parcial.

A organização civil “La Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH)” identificou que a Corte de Justiça Nacional do México iniciou um processo de consulta para estabelecer as obrigações decorrentes da sentença da CorteIDH que o Poder Judiciário da Federação deveria cumprir. Além disso, outro ponto identificado pela organização, foi que a Suprema Corte do México estabeleceu uma resolução em julho de 2011 que afirmava que todos os juízes mexicanos, dentro de suas competências, estariam facultados a fazer o controle de convencionalidade de imediato, ou seja, o juiz estaria autorizado a aplicar a CADH mesmo em prejuízo da legislação mexicana.

No que se refere ao Caso Radilla Pacheco, a Suprema Corte em cumprimento da sentença da CorteIDH, na mesma Resolução supracitada, estabeleceu que os juízes militares não eram competentes para julgar os militares acusados de violar direitos humanos, ordenando que os casos relacionados a esta temática sejam retornados à Justiça Ordinária Federal, caso cheguem ao juízo militar.

Em outra resolução de novembro de 2011, a Suprema Corte estabeleceu a inaplicabilidade de investigações prévias em casos de graves violações de direitos humanos, cumprindo assim o estabelecido na Lei Federal de Transparência e Acesso à Informação Pública Governamental. O Caso Radilla Pacheco é paradigmático para o Direito mexicano por estabelecer a obrigação de adotar padrões de direito internacional em relação à investigação e sanção do desaparecimento forçado, além de contribuir diretamente para a mudança no poder judiciário e ter contribuído para o cumprimento total do caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicano (2008).

Aliás, além dessa atividade, no ano passado, em 2016, a CorteIDH ao realizar o seu 55º período Extraordinário de Sessões na Cidade do México, executou diversas atividades em parceria com o Estado mexicano, como seminários itinerantes para juízes de primeira instância; seminário na Suprema Corte Mexicana; assinatura de um convênio entre a CorteIDH e a Procuradora-Geral da República para a capacitação em Direitos Humanos, implementação de projetos (CORTEIDH, 2017).

Outra medida de destaque, refere-se à criação de convênio entre o Estado mexicano e a CorteIDH. O secretário Miguel Ángel Osorio Chong e o Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Juiz Roberto Caldas,

assinaram um convênio em que ambos os lados reafirmaram o seu interesse em fortalecer as ações voltadas para a promoção da igualdade de gênero, combater e erradicar a violência contra as mulheres (CORTEIDH, 2017).

### **3.1. Análise das Respostas/Medidas de Adequação Institucionais**

Diante das referências quanto às respostas institucionais criadas por ambos os Estados, é possível destacar algumas constatações: primeiro, que essas respostas institucionais contribuem para alcançar a garantia de não-repetição das violações de Direitos Humanos, por constituírem como uma mudança com um horizonte mais duradouro do que o atendimento pontual ao cumprimento de uma determinada medida de reparação. Um exemplo disto é a institucionalização do controle de convencionalidade em todas as instâncias do poder judiciário mexicano, o que indica que esta resposta institucional representa uma mudança estrutural no Estado, e isso, em certa medida tem o impacto maior que uma mudança pontual a partir do que a CorteIDH considera como cumprimento.

Segundo, que estas medidas institucionais podem representar uma mudança na cultura interna de respeito e compromisso aos Direitos Humanos dos países, ainda que isso indique um não cumprimento da sentença da CorteIDH. Isto pode ser exemplificado pela criação do convênio entre o Estado mexicano e a CorteIDH, em que há o fortalecimento de ações voltadas para a promoção da igualdade de gênero no combate e erradicação da violência contra as mulheres, pois tal medida foi realizada após a condenação internacional pelo caso Campo Algodonero, e, embora tal sentença tenha sido avaliada pela CorteIDH como cumprida parcialmente, tendo em vista que ainda não houve a persecução criminal completa dos agentes responsáveis pela violência sexual, o convênio representa um compromisso estatal em instituir medidas que combatam estas práticas. Além disso, o fato deste convênio estatal ter sido assinado com o atual presidente da CorteIDH demonstra um engajamento do Estado mexicano com o SIDH.

Terceiro, que em maior ou menor grau, estas respostas institucionais apresentam um êxito relativo do SIDH, o que nos leva a importante constatação de que não dá para medir a efetividade do SIDH pelo grau de cumprimento das



medidas de reparação impostas pela CorteIDH em suas sentenças, pois a CorteIDH apesar de editar medidas de reparação genéricas aos Estados, no âmbito da supervisão de cumprimento de sentença, somente considera como cumprimento o atendimento pontual das determinadas medidas. Ou seja, não considera as outras atividades estatais feitas a partir da condenação que demonstram uma mudança, isto é, podem indicar uma garantia de não repetição, ou que contribuam mediatamente para o cumprimento da sentença.

A importância desta última constatação é que corrobora estudos já realizados quanto à efetividade e cumprimento de primeira ordem, ainda que não tenha sido realizada essa mesma análise para o cumprimento de segunda ordem. Segundo esses estudos, a efetividade é o efeito secundário dos tratados internacionais e pode ser entendida como a possibilidade de produzir mudanças no comportamento estatal, como a ampliação dos objetivos de um tratado internacional, o alcance de um objetivo político delineado no acordo internacional e a melhora na situação de uma violação de Direitos Humanos. Dessa forma, não há uma relação de dependência entre cumprimento e efetividade, ou seja, o grau de cumprimento não é determinante para avaliar se a atuação de um órgão internacional é ou não efetiva, pois o cumprimento é somente uma das medidas para se aferir a efetividade (HATHAWAY, 2002).

Assim, a efetividade é o grau em que uma norma legal induz a mudança desejada no comportamento, a sentença da CorteIDH pode ser efetiva, mesmo quando o cumprimento for baixo, por produzir mudanças comportamentais em alguns setores estatais ou no Estado como um todo; e, pode não ser efetiva, mas ter um alto nível de cumprimento por parte do Estado, quando, por exemplo, for elaborada para atender um comportamento pré-existente ou quando for avaliada pontualmente pela CorteIDH a partir do atendimento específico de uma medida de reparação.

## **Considerações Finais**

Embora o Sistema Interamericano de Direito Humanos não tenha se mostrado, por si só, suficiente para garantir a efetividade dos Direitos Humanos, trata-se de um organismo que pode contribuir de forma especial para este processo, tendo em vista, principalmente, o efeito multiplicativo das decisões da CorteIDH (PASQUALUCCI, 2003), as medidas institucionais que os Estados podem desenvolver diante do cumprimento de uma sentença.

Neste sentido, o objetivo a que este trabalho se propôs foi o de analisar as medidas de adequação institucional criadas pelo Brasil e pelo México para dar cumprimento às medidas de reparação impostas pela CorteIDH em suas sentenças. Estas medidas, ainda que criticamente avaliadas, devem ser exaltadas por representarem uma espécie de protagonismo, criatividade e engajamento dos estados em resolver seus próprios conflitos de Direitos Humanos.

Isso não nega o fato desses Estados estarem agindo em resposta à atuação da CorteIDH, mas demonstra o efeito simbólico que as sentenças da CorteIDH produzem para além do grau cumprimento que a CorteIDH avalia.

Quanto à categoria do *cumprimento parcial*, também objeto de estudo deste artigo. É importante destacar que esta categoria, ainda que não muito explorada pela CorteIDH auxilia a compreensão quanto a realidade dos Direitos Humanos após a implementação dos sistemas regionais especializados na temática em questão.

Assim, é necessário aprofundar os estudos quanto aos padrões existentes dentro da categoria cumprimento parcial, pois a forma como a CorteIDH trabalha essas tipologias ao longo das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença são genéricas e ambíguas, além de omitirem detalhes importantes, não permitem comparações entre os casos e os Estados e nem uma conformação de cenários de cumprimento na região, além de generalizar uma “crise de cumprimento” sinalizada pelos próprios órgãos do SIDH nos seus documentos oficiais.

Os dados oficiais da supervisão de cumprimento apresentados pela CorteIDH tem pouca utilidade para os estudiosos das teorias do cumprimento, que não conseguem colher informações críticas antes de um trabalho massivo na interpretação de dados, tendo em vista que as informações estatísticas publicadas nos relatórios anuais e nas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença, acabam atuando contra os objetivos do próprio SIDH, pois, ao invés de incentivar os Estados a cumprirem integralmente as decisões e consolidar suas práticas em Direitos Humanos, o padrão de medida de cumprimento existente os desencoraja a cumprir suas responsabilidades internacionais.

A categoria do *cumprimento parcial* por ser a que melhor expressa o estado das sentenças da CorteIDH, precisa ser melhor analisada nas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença, bem como, elas precisam apresentar uma exposição clara de dados quanto às medidas de adequação institucionais que os Estados possam vir a realizar, o que contribui para que todas as partes

se beneficiem, de modo que, os Estados possam ser capazes de demonstrar os sucessos alcançados, de aprender com as boas práticas de Estados vizinhos, e de demonstrar o apoio às obrigações internacionais; a CorteIDH possa administrar de maneira eficaz o conjunto de casos e redistribuir suas capacidades financeiras e humanas para as áreas mais necessitadas; e, finalmente, a sociedade civil obtenha informações claras sobre a proteção de direitos humanos.

#### 4. Referências

BASCH, F., & al.. A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento das decisões. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 7, nº 12, 2010, p. 9-35.

BENAVIDES, Luis. La “despolitización” del proceso de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SOSA, Edgar Corzo; TINOCO, Jorge Ulisses Carmona; ALESSANDRINI, Pablo Saavedra. (Coord.). *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Tirant lo Blanch. 2013, p. 83-98.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. On Compliance. *International Organization*. v. 47, nº.2, p. 175-205, 1993.

CORTEIDH. *Relatório anual de 2016*. San José, Costa Rica, 2017.

FISHER, Roger. *Improving compliance with international law*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1981.

GAMBOA, Jorge F. Calderón. *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013.

GARBIN, Isabelli Gerbelli. *Inter-American Court rulings in South-America: compliance crisis as the result of a local human rights reality*. World International Studies Committee, Third Global Studies Conference, Porto, Brasil, 2011.

HATHAWAY Oona A. Do Human Rights Treaties make a difference? *The Yale Law Journal*, V.111, n.8, p. 1.935-2.042, 2002.

Rafaela Teixeira Sena Neves  
Ana Paula Oliveira da Silva Pacheco  
Viktória Cristine de Figueiredo Ferreira

HAWKINS, Darren e JACOBY, Wade. *Partial compliance: a comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights*. 2008 Annual Meeting of the American Political Science Association. Boston (MA), 2008.

HUNEEUS, Alexandra. Courts resisting courts: lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, vol. 44, p. 101-155, 2011.

KOH, Harold. Why do nations obey international law? *Yale Law Journal*, v. 106, p. 2.599-2.659, 1997.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of The Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. International law and international relations theory: a dual agenda. *American Journal of International Law*, vol. 87, p. 205-230, 1993

KAPISZEWSKI, D.; TAYLOR, M. M. Compliance: conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. *Law and Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803-835, 2013.

# Anexo

## Colômbia

Tabela 01: Condenações impostas à Colômbia e seu cumprimento

	Indenização	Pagamento de custas e gastos	Publicidade da condenação	Reconhecimento Público	Julgamento e punição
<i>19 Comerciantes</i>	CP	CT	N/C	CT	D
<i>Caballero Delgado y Santana</i>	CT	N/C	N/C	N/C	D
<i>Cepeda Vargas</i>	CT	CT	CT	CT	D
<i>Duque</i>	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C
<i>Escué Zapata</i>	N/C	N/C	CT		D
<i>Gutiérrez Soler</i>	CT	CT	CT		D
<i>Las Palmeras</i>	CT	CT	CT		D
<i>Masacre de La Rochela</i>	CT	CT	CT		D
<i>Masacre de Mapiripán</i>	CP	CP	CT		D
<i>Masacre de Pueblo Bello</i>	CP	N/C	CT	CT	D
<i>Masacre de Santo Domingo</i>	-	-	-	-	-
<i>Masacres de Ituango</i>	CT	CT	CT	D	D
<i>Operación Génesis</i>	D	D	CT	D	
<i>Rodríguez Vera</i>	D	N/C	N/C	N/C	N/C
<i>Valle Jaramillo</i>	CT	CT	CT	D	D
<i>Vélez Restrepo</i>	-	-	-	-	-

Fonte: autores, com base nas informações das decisões da Corte IDH.

Legenda: CT (Cumprido totalmente), CP (Cumprido parcialmente), D (Totalmente Descumprida), e N/C (Não constam informações acerca do cumprimento).

Tabela 02: Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença por Ano

Sentenças da Corte IDH	Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença por Ano (RSCS)
<i>Las Palmeras</i>	RSCS de 17 de novembro de 2004 RSCS de 4 de agosto de 2008 RSCS de 7 de dezembro de 2009 RSCS de 3 de fevereiro de 2010
<i>Masacre de Mapiripán</i>	RSCS de 26 de novembro de 2008 RSCS de 8 de julho de 2009 RSCS de 8 de fevereiro de 2012 RSCS de 23 de novembro de 2012
<i>Gutiérrez Soler</i>	RSCS de 31 de janeiro de 2008 RSCS de 3 de dezembro de 2008 RSCS de 30 de junho de 2009 RSCS de 8 de fevereiro de 2012
<i>Masacre de Pueblo Bello</i>	RSCS de 26 de novembro de 2008 RSCS de 9 de julho de 2009 RSCS de 8 de fevereiro de 2012
<i>Masacres de Ituango</i>	RSCS de 7 de julho de 2009 RSCS de 22 de dezembro de 2010 RSCS de 28 de fevereiro de 2011 RSCS de 8 de fevereiro de 2012 RSCS de 21 de maio de 2013
<i>Escué Zapata</i>	RSCS de 10 de maio de 2010 RSCS de 21 de fevereiro de 2011 RSCS de 8 de fevereiro de 2012 RSCS de 22 de novembro de 2016 <sup>1</sup>

1 Publicação da Supervisão de Cumprimento em momento posterior ao período de realização da pesquisa.

<i>Valle Jaramillo</i>	RSCS de 21 de dezembro de 2010 RSCS de 28 de fevereiro de 2011 RSCS de 15 de maio de 2011 RSCS de 08 de fevereiro de 2012
<i>Vélez Restrepo</i>	-
<i>Duque</i>	RSCS de 07 de outubro de 2016 <sup>2</sup>
<i>19 Comerciantes</i>	RSCS de 02 de fevereiro de 2006 RSCS de 10 de julho de 2007 RSCS de 26 de novembro de 2008 RSCS de 08 de julho de 2009 RSCS de 08 de fevereiro de 2012 RSCS de 26 de junho de 2012 RSCS de 23 de junho de 2016
<i>Caballero Delgado</i>	RSCS de 27 de novembro de 2002 RSCS de 27 de novembro de 2003 RSCS de 10 de dezembro de 2007 RSCS de 06 de fevereiro de 2008 RSCS de 17 de novembro de 2009 RSCS de 27 de fevereiro de 2012
<i>Rodríguez Vera</i> <sup>3</sup>	RSCS de 10 de fevereiro de 2017
<i>Cepeda Vargas</i>	RSCS de 8 de fevereiro de 2012 RSCS de 30 de novembro de 2011
<i>Masacre de la Rochela</i>	RSCS de 26 de agosto de 2010 RSCS de 8 de fevereiro de 2012 RSCS de 31 de agosto de 2015
<i>Operación Génesis</i>	RSCS de 20 de outubro de 2016
<i>Masacre de Santo Domingo</i>	-

2 Publicação da Supervisão de Cumprimento em momento posterior ao período de realização da pesquisa.

3 Publicação da Supervisão de Cumprimento em momento posterior ao período de realização da pesquisa.

## Argentina

Tabela 01: Condenações impostas à Argentina e seu cumprimento<sup>4</sup>

	Indenização	Pagamento de custas e gastos	Publicidade da condenação	Reconhecimento Público	Julgamento e punição	Modificação da legislação
<i>Garrido - Baigorria</i>	CP	CT			D	
<i>Bayarri</i>	CT	CP	CT		CP	D
<i>Buenos Alves</i>	CT	CT	CT		IN	
<i>Cantos</i>	CT	CP			P	CT
<i>Fontevicchia</i>	D	D	D		D	
<i>Millacura</i>	N/C	CT			N/C	
<i>Bulacio</i>	CT	CT	CT		D	D
<i>Kimel</i>	CT	CT	CT	CT	CT	CT
<i>Mohammed</i>	CT	CT	CT		CT	
<i>Mémoli</i>	CT	CT	CT		CT	
<i>Mendoza</i>	N/C	CT	N/C		N/C	N/C
<i>Furlan</i>	N/C	CT	N/C			N/C
<i>Fornerón</i>	N/C	CT	N/C			N/C
<i>Arguelles</i>	D	D	CT			

Fonte: autores, com base nas informações das decisões da Corte IDH.

Legenda: CT (Cumprido totalmente), CP (Cumprido parcialmente), D (Totalmente Descumprida), e N/C (Não constam informações acerca do cumprimento).

<sup>4</sup> Não constam no site da Corte IDH informações sobre eventuais etapas de supervisão de cumprimento dos casos *Gutiérrez* e *Maqueda*. As informações foram coletadas no site da Corte IDH <<http://www.corteidh.or.cr>> até dezembro de 2016.



Tabela 02: Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença por Ano

Sentenças da Corte IDH	Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença por Ano (RSCS)
<i>Garrido - Baigorria</i>	RSCS de 17 de novembro de 2004 RSCS de 27 de novembro de 2007
<i>Bayarri</i>	RSCS de 23 de maio de 2010 RSCS de 20 de junho de 2012
<i>Buenos Alves</i>	RSCS de 05 de julho de 2011
<i>Cantos</i>	RSCS de 28 de novembro de 2005 RSCS de 12 de julho de 2007 RSCS de 06 de julho de 2009 RSCS de 26 de agosto de 2010
<i>Fontevicchia</i>	RSCS de 01 de setembro de 2015
<i>Millacura</i>	RSCS de 26 de janeiro de 2015
<i>Bulacio</i>	RSCS de 17 de novembro de 2004 RSCS de 26 de novembro de 2008
<i>Kimel</i>	RSCS de 18 de maio de 2010 RSCS de 15 de novembro de 2010 RSCS de 05 de fevereiro de 2013
<i>Mohammed</i>	RSCS de 26 de janeiro de 2015 RSCS de 13 de novembro de 2015
<i>Mémoli</i>	-
<i>Mendoza</i>	RSCS de 26 de janeiro de 2015
<i>Furlan</i>	RSCS de 26 de janeiro de 2015
<i>Fornerón</i>	RSCS de 26 de janeiro de 2015
<i>Arguelles</i>	-

## México

Tabela 01: Condenações impostas ao México e seu cumprimento

	Indenização	Pagamento de custas e gastos	Publicidade da condenação	Reconhecimento Público	Julgamento e punição	Modificação da legislação
<i>González y otras (campo algodonoero)</i>	CT	CT	CT	CT	D	D
<i>Radilla Pacheco</i>	CT	CT	CT		D	CP
<i>Rosendo Cantú</i>	CT	CT	CT	CT	D	CT
<i>Fernández Ortega</i>	CT	CT	CT	CT	D	CP
<i>Cabrera Garcia</i>	CT	CT	CT	CT	CP	CP

Fonte: autores, com base nas informações das decisões da Corte IDH.

Legenda: CT (Cumprido totalmente), CP (Cumprido parcialmente), D (Totalmente Descumprida), e N/C (Não constam informações acerca do cumprimento).

Tabela 02: Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença por Ano

Sentenças da Corte IDH	Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença por Ano (RSCS)
<i>González y otras (Campo algodonoero)</i>	RSCS de 21 de maio de 2013
<i>Radilla Pacheco</i>	RSCS de 19 de maio de 2011 RSCS de 01 de dezembro de 2011 RSCS de 28 de junho de 2012 RSCS de 14 de maio de 2013 RSCS de 17 de abril de 2015
<i>Fernandez Ortega</i>	RSCS de 25 de novembro de 2010 RSCS de 21 de novembro de 2014 RSCS de 17 de abril de 2015
<i>Rosendo Cantú</i>	RSCS de 21 de agosto de 2013 RSCS de 17 de abril de 2015 RSCS de 01 de setembro de 2016

## Brasil

Tabela 01: Condenações impostas ao Brasil e seu cumprimento

	Indenização	Pagamento de custas e gastos	Publicidade da condenação	Reconhecimento Público	Julgamento e punição	Modificação da legislação
<i>Garibaldi</i>	D		CT		D	
<i>Gomes Lund e outros</i>	CP	D	CT	D	D	D
<i>Ximenes Lopes</i>	CT	CT			D	
<i>Escher e outros</i>	CT	CT	CT		CT	

Fonte: autores, com base nas informações das decisões da Corte IDH.

Legenda: CT (Cumprido totalmente), CP (Cumprido parcialmente), D (Totalmente Descumprida), e N/C (Não constam informações acerca do cumprimento).

Tabela 02: Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença por Ano

Sentenças da Corte IDH	Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença por Ano (RSCS)
<i>Garibaldi</i>	RSCS de 22 de fevereiro de 2011 RSCS de 20 de fevereiro de 2012
<i>Gomes Lund e outros</i>	RSCS de 17 de outubro de 2014
<i>Ximenes Lopes</i>	RSCS de 02 de maio de 2008 RSCS de 21 de setembro de 2009 RSCS de 17 de maio de 2010
<i>Escher e outros</i>	RSCS de 17 de maio de 2010 RSCS de 20 de fevereiro de 2011 RSCS de 22 de fevereiro de 2012

Este livro apresenta os primeiros resultados dos trabalhos da Rede de Pesquisa “A Recepção da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, coordenada pela Universidade Federal do Pará com a participação da Universidade de los Andes (Colômbia), Universidade Iberoamericana (México), Universidade Nacional de Lanús (Argentina) e Universidade Paris 1 (França). A Rede é financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por meio do Edital MCTI/CNPQ Nº 14/2014 (Chamada Universal).

A obra se divide em duas partes: a primeira, composta por trabalhos voltados a análises constitucionais e comparativas sobre a recepção da CADH e das sentenças da Corte IDH, e a segunda, na qual são colacionados estudos sobre o cumprimento das sentenças da Corte IDH no Brasil, Argentina, Colômbia e México. Ao final do livro, anexos demonstram o estado de cumprimento das sentenças da Corte IDH nesses países.

