

Informe sobre el IX Encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional

Bogotá, 1-4 de octubre de 2012¹

María Laura Böhm

BREVE INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene por objetivo reproducir la dinámica y el contenido del IX Encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, haciendo visibles las discusiones, reflexiones y diferencias que se manifestaron entre sus miembros. Se trata por lo tanto de un informe que no solo reseña el desarrollo de la reunión interna que tuvo lugar en la ciudad de Bogotá los días 1 y 2 de octubre de 2012, sino que aporta material sobre los informes preliminares allí presentados, los cuales luego fueron reelaborados a fin de ser publicados como informes finales en el libro correspondiente. Valga por lo tanto este texto como antecedente o acta de las discusiones principales, para lo cual se ha procurado respetar la forma expresiva de cada interviniente.

Se advertirá que muchas cuestiones quedan sin contestar o abiertas, y esto puede entenderse como invitación al lector a adentrarse en la compleja e intensa discusión académica —con compromiso político— que, lejos de ser letra muerta, alienta la permanente búsqueda de respuestas en este campo. Se exponen aquí el informe preliminar respectivo, presentado por cada miembro (siempre identificado como *a*) y la consiguiente discusión (*b*), lo cual explica la atípica longitud del informe, que resulta así en un (cuasi)resumen del libro todo.

¹ Información sobre el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, sobre sus miembros, sobre los encuentros anteriores así como acceso electrónico gratuito a sus libros se encuentra disponible en <<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/es/Forschung/lateinamerikanische-studiengruppe-zum-internationalen-strafrecht.html>>.

I. APERTURA Y PRESENTACIONES

ALEJANDRO APONTE (Colombia),² anfitrión del Encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (el Grupo), dio la bienvenida. Destacó que por primera vez el Encuentro cuenta con dos invitados, abogados sénior de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Oscar Parra y Romina Sijniensky. Se aclaró que estos participaron a título personal, debido a que los textos del Grupo han generado discusión crítica en la región respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que fue importante compartir y discutir con ellos lo que se está trabajando. En particular se mencionó que próximamente se llevarán a cabo reformas en el trabajo de fondo y el procedimiento de la Corte IDH, para las cuales se consideraron críticas formuladas por el Grupo. Esta sería, por lo tanto, una buena coyuntura para el décimo Encuentro del Grupo, señaló APONTE.

A continuación, formularon sus palabras de bienvenida el director del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana (PUJ), ANDRÉS RAMÍREZ, así como el director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS) y coorganizador del Encuentro, CHRISTIAN STEINER, quien confirmó el momento coyuntural que se está viviendo en Colombia en particular y en la Corte IDH en general, lo que refuerza la importancia de que el IX Encuentro del Grupo se realice en Bogotá. A continuación,

² Nota aclaratoria sobre la forma de señalar a los miembros y su intervención en el debate: Los nombres de los miembros y los participantes son presentados completos (nombre y apellido) únicamente en la primera mención; luego son mencionados únicamente con apellido. En la primera intervención se indica asimismo el país del miembro correspondiente. Únicamente los nombres en VERSALITAS señalan la intervención de ese miembro en la discusión; si durante una intervención un miembro del Grupo se refiere a otro, este no aparece resaltado.

Aclaración: En el Encuentro interno del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional que tuvo lugar en la ciudad de Bogotá los días 1 y 2 de diciembre de 2012 se discutieron informes preliminares preparados para su posterior publicación. Sin embargo, en la obra publicada se ofrecen informes de dos países cuyos autores no pudieron participar del Encuentro, por lo que no se encontrarán tales reseñas en este informe: Juan Luis Modolell es autor del informe sobre Venezuela y Alfredo Chirino es autor del informe sobre Costa Rica, los cuales podrán ser leídos en la respectiva obra del Grupo. Por otra parte, en el Encuentro se discutió el trabajo preliminar sobre Guatemala realizado y presentado por Salvador Herencia (Perú), que se encuentra reseñado en este informe, aunque luego se decidió que dicho trabajo —debido a las dificultades para obtener información suficiente, así como por falta de un nacional guatemalteco como representante del país en el Grupo— no formara parte de la obra definitiva.

KAI AMBOS (Alemania, co-coordinador académico del Grupo) agradeció a la PUJ la coorganización. Consideró, además, que se debe estar orgullosos y agradecidos con la KAS por el apoyo brindado al Grupo desde sus inicios, hace diez años, y resaltó que este, sin remuneración económica, ha producido informes y libros con investigación seria, lo que lo ha convertido en una entidad con impacto en la región y aún más allá. Recordó que el Grupo sirvió como modelo para la conformación de uno similar en África. Respecto del Encuentro, concretamente destacó la voluntad de intercambio y discusión con los dos abogados sénior de la Secretaría de la Corte IDH.

II. INFORME COLOMBIA

II.a. Informe a cargo de Alejandro Aponte

Entre los diversos aspectos de posible análisis APONTE escogió tratar la acción de revisión.³ A diferencia de otros países, respecto de los cuales hay decisiones de la Corte IDH en las que esta ha dicho “debe abrirse un nuevo proceso”, en Colombia existe un entramado institucional que regula la reapertura de casos. En el año 2003⁴ la Corte Constitucional (CC) analizó los alcances de la acción de revisión y estableció que, para evitar la inconstitucionalidad, los efectos de la acción de revisión fuesen no solo sobre sentencias condenatorias, sino también sobre sentencias absolutorias en casos de violación de derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario (DIH);⁵ la grave violación a los derechos humanos y al DIH debe haber sido determinada por un órgano de protección de los derechos humanos (puede incluso ser un informe de fondo de la Comisión Interamericana).

Cuestiones no resueltas con anterioridad y que comenzaron a ser tratadas por la CC incluyeron lo relativo al ámbito temporal en el cual se puede instaurar la

³ Habría tres temas que podrían analizarse: a) calumnias e injurias, ER y su interpretación en el ámbito interno; b) constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad y la compatibilidad y las competencias del ER, y c) acción de revisión (tema escogido).

⁴ Sentencia de constitucionalidad C-004 de 2003.

⁵ En el año 2003 ya estaba incorporado al ordenamiento colombiano el Estatuto de Roma (ER).

acción de revisión. Según norma estatutaria, no tienen efecto retroactivo, salvo que este sea establecido expresamente en el fallo. No obstante, en 2007 la Sala Penal, en su primer caso sobre el tema, dijo que tiene que haber aplicación retroactiva de la sentencia de la CC, incluso a situaciones previas al 2003. De esta manera, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia amplió la interpretación para hechos anteriores al 2003, cuando estaba vigente la Carta Política (CP) de 1991, por lo que de acuerdo al bloque de constitucionalidad puede aplicarse la acción de revisión a esos hechos anteriores: “Incluso para hechos anteriores a la CP porque ya había sido incorporado el Pacto de San José de Costa Rica (‘PSJCR’, o ‘CADH’)

Algunos autores destacan que precisamente para hechos anteriores es importante la acción de revisión, ya que luego comenzó a cumplirse con la CADH, destacó APONTE. La importancia de este antecedente se advierte respecto de su aplicación para hechos no tipificados con anterioridad (homicidio de persona protegida) pero prohibidos por convenios ya suscritos. Aunque la Sala Penal aclaró que solo sería aplicable a ciertos casos de protuberantes violaciones a los derechos humanos y al DIH, el riesgo de extensión a todo el sistema penal existe.

En el año 2004 se expidió un nuevo Código de Procedimiento Penal (CPP) y el tema de la acción de revisión pasó a ser normativo: para condenas y absoluciones (artículo 192 CPP). Por otro lado se amplió el ámbito de sujetos que pueden solicitar la acción de revisión. Si bien hay muchos aspectos criticables, se puso de manifiesto que la causal de la acción de revisión ha producido resultados interesantes, pues ha versado sobre casos en los cuales ha existido una flagrante omisión al deber. Esto lleva el tema a un debate importante en la actual coyuntura colombiana: la impunidad. ¿Hasta dónde, qué y cuánto investigar para que no se considere impune un delito? ¿Es posible adoptar estrategias de priorización? ¿Qué requisitos deben cumplir tales estrategias? Si la Corte IDH dice que todos deben ser castigados, el Estado siempre va a estar envuelto en casos de impunidad, afirmó APONTE.

II.b. Discusión

OSCAR PARRA resaltó cómo la CC reconstruye la idea de los derechos de las víctimas. La CC quiere prevenir excesos en la restricción desproporcionada de los

derechos del procesado, y lo mismo respecto de las víctimas. Aunque no se diga expresamente, se trata de un estudio de proporcionalidad.

MARCOS ZILLI (Brasil) consultó, haciendo referencia a la versión preliminar del informe, si el hecho de ampliar el espectro y fijar parámetros sobre la acción de revisión respecto de sentencias absolutorias no constituyó una usurpación de poder que corresponde al Legislativo. Preguntó entonces si eso es habitual, o si fue un activismo exacerbado. APONTE señaló al respecto que desde 1991 la CC ha puesto en práctica un nuevo constitucionalismo al máximo, un “nuevo derecho” en el sentido de Robert Alexy: el hecho por los jueces. En el 90 % de los casos los jueces hacen derecho y se apartan del legislador; si hubiese cambio en la composición de la CC habría probablemente un contraderecho absoluto. ZILLI se preguntó entonces si esto no es parecido a lo que se critica a la Corte IDH. APONTE entendió que se trata de un constitucionalismo que no es moderado como el propugnado por Alexy —axiología, contra deontología—. Hoy hay temas (como el del aborto) que hacen difícil diferenciar lo valorativo de lo normativo, lo que explica que la construcción argumentativa sea tan sofisticada.

SALVADOR HERENCIA (Perú) consultó sobre la estrategia de la Fiscalía, ya que por un lado no se puede investigar todo, pero por otro los casos llegan de todas formas ante la Corte IDH. APONTE respondió a esto que se sigue un criterio de priorización trabajando los casos que están en el sistema, discutiendo cómo sería una evaluación de la Corte IDH, cuáles serían los estándares, etcétera.

Con respecto al criterio de “infracciones graves al DIH”, presentado como primer requisito en la estrategia de priorización que evalúa la Fiscalía, ELIZABETH SANTALLA (Bolivia) y MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA (Brasil) se preguntaron cómo sería abordado, es decir, si se definiría de acuerdo a estándares de la Corte IDH o internos. SANTALLA VARGAS consultó asimismo si el término se interpretaría también en el sentido técnico del DIH, lo que podría dejar de lado las violaciones graves al DIH. APONTE respondió que en general se define de acuerdo a los criterios de la Corte IDH: no se trata propiamente de delitos, sino de graves violaciones del DIH, lo que exige tener cuidado de que no se mezcle el lenguaje utilizado (penal y de derechos humanos).

JAIME MARTÍNEZ VENTURA (El Salvador) consultó si habría casos concretos en discusión respecto a la relación entre el Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal

Internacional (CPI) y el bloque de constitucionalidad. APONTE dio como respuesta el ejemplo de la imprescriptibilidad: la CC explicó que solo se aceptaría la imprescriptibilidad si alguna vez hubiera entrega de un colombiano a la CPI. La tendencia jurisprudencial, no obstante, es decir que no debería haber límite porque el ER no tiene límite.

AMBOS solicitó que en el informe final se trate la cuestión de la revisión como instrumento que es en su lógica en favor del reo. ¿Cómo aceptar revisión como instrumento en contra del reo invocando derechos humanos o derecho penal internacional (DPI)? Entendió que es importante que en el informe se tome posición sobre la reapertura de procesos en contra del condenado. APONTE adelantó que es imposible conciliar *in dubio pro reo* con *in dubio pro victima*. Sin embargo, por ahora es positivo que haya por lo menos una respuesta dentro del orden jurídico, resaltó.

Ezequiel MALARINO (Argentina, co-coordinador académico del Grupo) preguntó, en referencia al artículo 192.4 CPP (revisión de fallo absolutorio), si hay disponible discusión parlamentaria sobre los motivos. Recordó por otro lado que la Corte IDH ha ido cambiando su lenguaje y sus parámetros en cuanto a qué tipo de violación acarrea consecuencias especiales (prohibición de amnistías, imprescriptibilidad, etcétera). Explicó que la Corte IDH utilizó hasta ahora cuatro conceptos diferentes: “graves violaciones a los derechos humanos” (caso *Barrios Altos*), “violaciones a los derechos humanos” (caso *Bulacio*), “crímenes de lesa humanidad” (caso *Almonacid Arellano*), “muy graves violaciones a los derechos humanos” (caso *Albán Cornejo*). Concluyó, por ello, que en este punto no hay claridad en la jurisprudencia de la Corte IDH.

A este comentario, ROMINA SIJNIENSKY respondió que la Corte IDH sí tiene un catálogo, ya que no todo es “grave violación de los derechos humanos”: se trata de ejecuciones extrajudiciales, torturas y desaparición forzada de personas (DFP). El concepto abarca tanto conductas individuales como aquellas que se enmarcan en una práctica sistemática, es decir, no siempre se requiere elemento contextual. Otros temas —por ejemplo, esclavitud— tal vez también podrían ser considerados como grave violación de los derechos humanos. MALARINO destacó que el problema está justamente en los casos difíciles. SIJNIENSKY resumió diciendo que se podría equiparar lo que en lenguaje de derechos humanos se denomina “graves

violaciones” a lo que en otros ámbitos se refiere a los crímenes internacionales. MALARINO respondió en forma categórica que el concepto de crímenes internacionales no es exactamente igual al de casos graves. Si bien los crímenes internacionales son graves, no todo caso grave es un crimen internacional. Por otra parte, es mucho más fácil determinar los crímenes que integran el concepto de crímenes internacionales —porque existen instrumentos internacionales como el ER que ayudan a esta identificación— que los que integran el concepto de casos graves debido a la vaguedad intrínseca del concepto grave.

Este fue el inicio de una acalorada y larga discusión en el Grupo y con los dos abogados sénior de la Secretaría de la Corte IDH, tras la cual solo pudo concluirse que no son lo mismo violación de derechos humanos, graves violaciones de derechos humanos, crímenes internacionales y crímenes transnacionales, y que es esencial respetar estas diferenciaciones en todo estudio y análisis que trate de estas cuestiones.

STEINER se preguntó si no habrá llegado la hora de repensar y ampliar la visión hacia los derechos de las víctimas. Tal vez ya no es suficiente el derecho penal clásico. Los penalistas tendrían que ayudar a definir las nuevas líneas. Por ejemplo, la pregunta de AMBOS sobre cómo es posible ampliar la idea de la revisión incluso contra el reo... La pregunta podría ser *¿por qué no?* El derecho penal clásico no se planteó trabajar a favor de las víctimas ni considerando su rol. MALARINO se mostró de acuerdo con esta inquietud y compartió que es necesario repensar el nuevo rol de la víctima. Pero *¿quién debe tomar esas decisiones?* Entiende que el Legislativo; ese sería el poder con legitimación.

APONTE, concluyendo, entendió que se discute mucho en abstracto, mientras que la realidad da respuestas. Un derecho penal no puede sucumbir ante la complejidad de actores y hechos. En Colombia el Estado se enfrenta a aparatos. Ni siquiera es macrocriminalidad, es mucho más complejo. Por ejemplo, respecto de la solución dada a la acción de revisión, uno se pregunta: *¿y qué pasa si aparecen pruebas nuevas que definan que un proceso protegió al condenado pero generó impunidad?, ¿puedo alegar prescripción cuando yo como actor hice todo lo posible para que no se pueda investigar?, ¿puedo alegar garantías cuando arrinconé al Estado para que no pueda funcionar como Estado?*

III. INFORME ARGENTINA

III.a. Informe a cargo de Pablo Eiroa⁶

El informe de Argentina se concentra en dos cuestiones, explicó EIROA: por una parte, la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sobre si son obligatorias las recomendaciones de la Com IDH y las decisiones de la Corte IDH; por otra, las críticas a esa posición.

En Argentina la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tiene jerarquía constitucional desde 1994, por lo que integra el bloque de constitucionalidad federal. Las normas de la CADH se deben aplicar de la misma manera que cualquier otra norma constitucional; de hecho, la propia ley de aprobación de la CADH reconoce la competencia de la Com IDH y de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la aplicación de sus normas, pero no hay en el derecho interno una norma de origen nacional que establezca si son obligatorias o no las decisiones y recomendaciones. A nivel del derecho federal debe recurrirse a la CADH, la cual es clara en cuanto a las decisiones (los Estados se comprometen a cumplirlas), pero menos clara en lo que se refiere a las recomendaciones. Respecto de las recomendaciones, la posición de la CSJN desde 1998 (fallo *Acosta*⁷) ha sido que no son obligatorias, aunque se reconoce que, de acuerdo con el principio de buena fe, el Estado argentino debe hacer todo lo posible para dar respuesta favorable.

Una posición contraria tiene la CSJN respecto del cumplimiento de las decisiones desde el año 2004. Según el fallo *Bulacio*⁸ de la Corte IDH, Argentina había violado los derechos a la vida, la protección judicial y la integridad personal. El Estado debía llevar a cabo investigaciones, y eran inadmisibles las disposiciones de prescripción y toda otra norma de derecho interno que impidiera el cumplimiento de la sentencia. Con base en esa decisión, la CSJN revocó el sobreseimiento dictado por prescripción de la acción. La CSJN manifestó no

⁶ Participó en este Encuentro en reemplazo del miembro argentino del grupo, Daniel Pastor.

⁷ CSJN, *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus*, sentencia del 22 de diciembre de 1998 (*Fallos*, 321: 3555).

⁸ Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 18 de septiembre de 2003; CSJN, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, sentencia del 23 de diciembre de 2004 (*Fallos*, 327: 5668).

compartir la concepción restrictiva del derecho de defensa que surgía del fallo de la Corte IDH, así como que la responsabilidad del Estado fuera consecuencia de un procedimiento que no se había basado en el principio de averiguación de la verdad que rige el proceso penal. Sin embargo, después de reconocer que el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH era inconstitucional, continuó EIROA, la CSJN dijo que debía acatar la restricción de esos derechos ordenada por la Corte IDH; correspondía cumplir para no caer en incumplimiento internacional. La decisión de la CSJN entonces no solo involucra la cuestión de qué criterio debe prevalecer, sino también la posible violación de normas constitucionales y procesales. No existe en Argentina una norma que solucione ese problema.

En opinión de EIROA, entonces, una primera cuestión es qué decisión debe prevalecer. La Constitución Nacional (CN) instituye a la CSJN como titular del Poder Judicial y como tal le atribuye como función esencial el ser intérprete y custodio último de la CN, tarea que no es renunciable ni delegable. Esto no fue modificado en la reforma constitucional de 1994, que incorporó tratados internacionales con rango constitucional (la CADH entre ellos). Por lo tanto, debería prevalecer la opinión de la CSJN. Con respecto a la restricción de normas procesales constitucionales, resulta inadmisibles la posición de la CSJN sostenida en ese caso y hasta hoy, en cuanto a que debe acatar la sentencia de la Corte IDH aun cuando entienda que es incompatible con la CN, porque es una renuncia a su obligación de custodia. Tampoco es admisible el argumento de que debe acatar las decisiones para evitar responsabilidad internacional: ninguna norma prevé ese supuesto como causal de la restricción de la efectividad de derechos individuales.

Si se quisiera que los jueces acataran automáticamente las decisiones de la Corte IDH, serían necesarias algunas reformas constitucionales para modificar la disposición de que la CSJN y los tribunales inferiores son los únicos que interpretan la ley, la CN y los tratados a nivel nacional, y modificar también la norma que instituye a la CSJN como titular e último intérprete y custodio (si fuera automática la opinión de la Corte IDH, la opinión de la CSJN no tendría importancia). Por otro lado, los fallos de la CSJN no adquirirían firmeza hasta que venciera el plazo de presentación ante la Com IDH. Por último, debería establecerse que los jueces argentinos se sometan no solo a la ley y la CN, sino también a decisiones de la Corte IDH.

Estas modificaciones son objetables, entendió EIROA, por el distinto objeto procesal y las distintas consecuencias de los dos procesos. Si se le atribuye la competencia a la Corte IDH en casos de mal desarrollo del proceso local, esto podría tener efectos negativos sobre el procesado, ya que el procedimiento ante la Corte IDH sigue algunas reglas (como la admisión de la inversión de la carga de la prueba en algunos casos) inadmisibles en el proceso penal local por ser violatorias del derecho de defensa. Por otro lado, no hay mecanismo de control por mal desempeño en la Corte IDH, y tampoco se les exige a los jueces que conozcan el derecho argentino.

III.b. Discusión

ALICIA GIL GIL (España) comparó lo expuesto con el sistema europeo y con cómo se solucionaría el conflicto en España. Entendió que la solución propuesta por EIROA es extrema porque supondría que las decisiones de la Corte IDH no tendrían validez. En el sistema español eso es impensable. Es obligatoria la interpretación en el orden interno de acuerdo a las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En cuanto a la posibilidad de que un derecho fundamental esté más protegido en el ámbito interno que en el interamericano, en el ámbito europeo hay una cláusula de salvaguarda, en el sentido de “... salvo que en el derecho interno un derecho determinado esté más protegido”.⁹ No se puede derogar un derecho con base en el CEDH. El tribunal interno debe advertir que tiene un conflicto de derechos, finalizó.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (Chile) señaló que la misma situación se presenta en Chile. No está seguro de que una recomendación implique “solo recomendar”, sino que, según entiende, tiene más bien sentido de orden, aunque la consecuencia jurídica sí es distinta de la que tiene una decisión. Argentina, como Chile, es parte de la Convención de Viena, donde se establece que no se puede oponer la propia Constitución para liberarse del cumplimiento del tratado. Sobre este comentario,

⁹ La referencia de GIL GIL era al art. 53 CEDH: “Protección de los derechos humanos reconocidos: Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte”.

EIROA indicó entonces que en Argentina hay actualmente un caso abierto, *Carranza Latrubesse*, que probablemente va a aportar a la discusión cuando se resuelva: el Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores) dijo que Argentina no está obligada a cumplir recomendaciones, y el entonces procurador general, Esteban Righi dictaminó que las recomendaciones no pueden ser obligatorias, ya que no habría razón para someter un caso a la Corte IDH si la Com IDH ya pudiera recomendar algo al Estado con carácter obligatorio.

ZILLI explicó que en Brasil, de acuerdo a las decisiones emanadas del Supremo Tribunal Federal, en caso de conflicto entre la Corte IDH y el derecho constitucional debería prevalecer este último. Preguntó si en Argentina tienen el mismo rango. Si la Corte IDH decide cuál de los derechos es prevaleciente, entonces el Estado debe cumplir, o debería admitirse incluso que tal vez en ese caso fuera el Estado el que hiciera el balance. Cuando las dos normas son constitucionales, la solución es adoptar la interpretación más favorable a los derechos humanos. EIROA respondió que en el caso argentino no hay incompatibilidad. Los tratados deben ser conformes a la CN, de lo contrario no podrían ser incorporados. En *Chocobar*¹⁰ la CSJN estableció que el control de la constitucionalidad de la CADH y de todos los tratados ya fue hecho por el legislador constituyente (1994) en el artículo 75.22 CN, que otorga jerarquía constitucional a ciertos tratados y establece que estos no derogan norma alguna, dado que son complementarios. No le corresponde por lo tanto al poder constituido volver sobre el mismo asunto. En *Bulacio* no había conflicto de derechos, ya que la víctima tiene derechos, pero los derechos deben ejercerse dentro de los límites impuestos por el Estado de derecho. Nadie aceptaría que para satisfacer el derecho de la víctima a la investigación se acepte la tortura del procesado. Si la acción penal había prescrito, como había sucedido en el caso *Bulacio*, guste o no, eso significa que el Estado de derecho había puesto un límite que debió ser respetado.

AMBOS puntualizó que la decisión de un Estado sobre la jerarquía del tratado no decide la cuestión de quién tiene la titularidad de la interpretación. La decisión de

¹⁰ CSJN, *Chocobar, Sixto c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*, sentencia del 27 de diciembre de 1996 (*Fallos*, 319: 3241).

qué es constitucional y qué no es constitucional no puede quitarse al Estado; es la Corte Suprema la guardiana de su Constitución. Si la Corte IDH obliga a hacer algo que la Corte Suprema considera que viola la Constitución, prima la perspectiva constitucional, agregó. La invocación casi absolutista de que vale más el derecho internacional, supralegal, tiene como consecuencia que las cortes constitucionales o supremas se quedan sin posibilidad de “pensar y decidir” en el momento del conflicto. La Corte IDH no puede obligar a abrir un proceso. Son dos sistemas diferentes. El sistema europeo no es automático. Es al revés: hay muchas decisiones en las que es diferente, y es legítimo que así sea. Hoy hay gente bien formada en las cortes nacionales latinoamericanas que no puede ser tratada como antes, cuando en los Estados no había derecho. Si el sistema está consolidado y se tiene una situación buena y con calidad en las sentencias, ¿por qué no confiar en las sentencias de las cortes?

MALARINO recordó que hay dos cuestiones diferentes que deben distinguirse: una es relativa a las fuentes y la otra es epistémica. La primera se refiere a qué lugar tiene la CADH —y la jurisprudencia de sus órganos de aplicación— en el sistema de fuentes de un Estado. La segunda, en qué medida los tribunales regionales tienen la capacidad epistémica para resolver conflictos locales y el conocimiento sobre la normativa nacional. Remarcó que los problemas discutidos en procesos judiciales internos no son exactamente iguales a los procesos discutidos en el ámbito internacional, por diversas razones. Por un lado, hay diferentes intereses en juego. Un caso judicial puede involucrar intereses de partes que ni siquiera son partes del proceso internacional. Por el otro, en los procesos internos entran en consideración, además de las reglas del sistema interamericano —si son parte, como suelen ser, también del derecho interno estatal— otras reglas internas. Cuando la Corte IDH decide un caso no tiene en cuenta —ni debe hacerlo— estos otros intereses y estas otras reglas. Por esa razón, no debería decidir sobre ellos. Solo los tribunales nacionales pueden evaluar cómo interactúan las reglas constitucionales con las del sistema interamericano en los procesos judiciales internos. MALARINO remitió para estos problemas a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (1481/04) del 14 de octubre de 2004.

PARRA se refirió a la intervención de AMBOS y consideró que si la respuesta fuera así de fácil no tendrían lugar estas discusiones, ya que se dejaría sin *piso* la

existencia del sistema interamericano. Consideró que hay una confusión entre debates de legitimidad y debates de fuentes. El principal sesgo que ha visto en los libros del Grupo de Estudios es que se quedan con una cara de la historia, y a partir de diversas críticas se ha construido una idea del sistema interamericano que no se corresponde con su visión epistémica y de fuentes. Sobre el caso *Bulacio* en particular, consideró que una postura alternativa, como la de EIROA y AMBOS, podría tener problemas. La Corte IDH mira cada caso concreto en su justa dimensión. Respecto de la resolución, la Corte IDH dice que no puede ordenarse la prescripción sin haber desarrollado debida diligencia. Con respecto al principio de interpretación más favorable podría verse atacado el cuerpo central del sistema interamericano; no debería negarse su autoridad, porque se estaría negando la supervisión internacional.

CARLOS CARO (Perú) consultó, más allá del debate planteado por EIROA, cuál es el grado de cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, y si la posición de EIROA es mayoritaria o si recién se está generando con intervenciones como la suya. Sobre la primera pregunta, EIROA destacó que el grado de cumplimiento es elevado, y ejemplificó con un caso en que hubo medidas de los tres tipos: *Kimel*.¹¹ El Estado adoptó medidas administrativas (reparación, en la que participó incluso la presidenta) y se reformó además la legislación penal con respecto a los tipos de calumnias e injurias. Incluso se había pedido que se revisara la sentencia firme — lo cual era imposible, salvo reforma de la ley— y que se la aplicara retroactivamente. El Estado no podía pedir que se revisara la condena porque es de acción privada, por lo que el Ejecutivo buscó alternativas y promulgó un decreto. Se consiguió así que la víctima se presentara solicitando recurso de revisión. La Cámara de Casación Penal recientemente dejó entonces sin efecto la sentencia respecto de Eduardo Kimel y así el Estado obedeció a la Corte IDH. Por último, EIROA señaló que su opinión es minoritaria.

RAMIRO GARCÍA FALCONÍ (Ecuador) consideró que, si los países a través de sus órganos de control decidieran si cumplen o no, no tendría sentido la existencia de los órganos supranacionales. La clave de estos órganos radica en que son

¹¹ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, n.º 177.

obligatorios; no hay que mezclar el “no me gusta” con el “no es obligatorio”. Entendió que tal vez habría que mejorar las líneas jurisprudenciales de la Corte IDH, revisarlas, pero no poner en tela de juicio su obligatoriedad. Por otro lado, es verdad que los Estados latinoamericanos han ido desarrollando independencia en sus órganos judiciales, pero en algunos casos (Ecuador) esto aún no se ha logrado. Paradójicamente, países con los órganos menos independientes (Venezuela, Ecuador) son los que impugnaron las decisiones de la Corte IDH mediante una campaña de “desinstitucionalización”. No ocurrió lo mismo en países como Argentina o Colombia.

JAVIER DONDÉ MATUTE (México) señaló que tal vez este problema tiene que ver con la amplitud de las sentencias de la Corte IDH. No se abordan temas concretos, sino que son postulados mucho más amplios, como sucedió en México en el caso *Campo algodonero*.¹² HERENCIA, en este mismo sentido, señaló que en Perú el problema está resuelto legalmente, aunque sí es un problema muy grave el de las reparaciones. Hoy la Corte IDH es mucho más conservadora que antes en este sentido. Aunque los Estados se hayan fortalecido en su derecho, países que antes eran muy defensores del sistema interamericano hoy no lo siguen. En ocasiones se han perdido casos simplemente por falta de seguimiento.

Sobre la problemática general, EIROA distinguió dos cosas: por un lado, el plano normativo y, por el otro, qué es lo que se podría hacer si queremos cambiarlo. Desde el derecho actual, la CSJN no puede hacer lo que dijo en *Bulacio*; no puede decir “lo que me ordenan es inconstitucional, pero yo lo cumplo”. Esto es inadmisibles por los argumentos ya dados. Si queremos que se cumpla obligadamente lo dicho por la Corte IDH, debe reformarse la Constitución. Por otro lado, si esta se reformase de manera que la CSJN deba acatar las decisiones de la Corte IDH, debería precisarse cuál es el alcance de esa obligación. Cuando una decisión de la Corte IDH influye en la situación de un procesado individual y esa persona ni siquiera fue escuchada, por ejemplo, tras una reapertura del proceso, esa persona podría ir hasta la Corte IDH a decir que se violaron sus derechos.

¹² Corte IDH, *Caso González y otros (“Campo algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

IV. INFORME URUGUAY

IV.a. Informe a cargo de Pablo Galain Palermo

En su informe, PABLO GALAIN PALERMO se planteó tres preguntas: ¿Se cumplió con la condena de la Corte IDH? ¿Hasta dónde está obligado el Estado? ¿Se debe cumplir algo que tal vez incluso viola la propia CADH en la interpretación?

Desde que adhirió en 1985 a la CADH, Uruguay la viola por su amnistía. Uruguay debe cumplir con las sentencias de la Corte IDH desde su adhesión, pero además debe respetar los derechos humanos, y no hay norma que diga cómo esto se debe cumplir. El órgano ejecutor es la Suprema Corte de Justicia (SCJ). Uruguay tiene solo dos sentencias de la Corte IDH, a pesar de tener un sistema inquisitivo, contrario a la CADH. Fuera de ellas, solo ha habido el caso de banqueros que estuvieron en prisión preventiva más tiempo del debido, lo cual aún está sin sentencia —sería interesante que la hubiera para que Uruguay sea obligado a modificar su sistema penal, agregó GALAIN—.

La influencia de las sentencias fue muy positiva, aunque muy maniquea, es decir, no muy jurídica. Las sentencias de 2011 son *Gelman*¹³ y *Balbani*,¹⁴ esta sobre la crisis financiera, en que la Corte IDH dijo que el sistema tiene leyes que no sirven para casos para los que supuestamente fueron creadas.

En particular, en el párrafo 254 del fallo *Gelman* se exige a Uruguay la nulidad de la Ley de Caducidad, que fue el mecanismo de justicia de transición escogido para no conceder una ley de amnistía (es decir, materialmente lo fue, pero no es amnistía). Esta ley determinaba que es potestad estatal el ejercicio del *ius puniendi*. El párrafo mencionado exige, además de la nulidad, la remoción de cualquier obstáculo que impida hacer justicia penal. En la misma sentencia la Corte IDH propone la sanción concreta que deben sufrir los autores individuales, a quienes debe aplicarse la figura de la desaparición forzada de personas (que en Uruguay fue sancionada recién en el año 2006).

¹³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*, sentencia del 24 de febrero de 2011.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 13 de octubre de 2011.

Antes de que se diera a conocer la sentencia, Uruguay reaccionó convocando a un plebiscito que no alcanzó los votos necesarios para anular la Ley de Caducidad. Entonces el Poder Ejecutivo, por decreto, estableció la no prescripción de las causas. Este acto administrativo tiene efectos retroactivos que cumplen con lo solicitado por la Corte IDH en cuanto a las investigaciones y llevó a más de 80 reaperturas de procesos. Mediante la ley 18.596, del 18 de septiembre de 2009, cuando era inminente la sentencia de la Corte IDH, se reconoció que hubo terrorismo de Estado y que las víctimas debían ser reparadas. El Parlamento dictó luego una ley que suspendía los plazos de prescripción y definía la naturaleza de lesa humanidad de los hechos.

En cuanto al cumplimiento de la sentencia de condena, por lo tanto, Uruguay cumplió, incluso intentando una reforma por medio de plebiscito, afirmó GALAIN PALERMO. La discusión pendiente es si la Corte IDH puede obligar a los Estados a cumplir con exigencias no pactadas por ellos y si la interpretación de la Corte IDH debe ser seguida sin reservas. Abierta queda para la SCJ la cuestión de si la decisión de la Corte IDH atenta o no contra la Constitución, contra la CADH y contra los principios superiores del derecho. Hay que tratar de identificarlos, sugirió GALAIN: debido proceso, seguridad jurídica, igualdad ante la ley y dignidad humana. No se habla de salvaguardar la soberanía nacional, sino de proteger de la mejor forma posible los derechos humanos frente al sistema penal. La Corte IDH se activa cuando el Estado no cumple, por lo que puede exigirle la investigación. Lo que no puede hacer es exigir al Estado que lesione los derechos procesales, porque los imputados también están protegidos por la CADH, y eso no es modificable, ya que en la CADH no está previsto un derecho de la víctima al castigo del delincuente.

En cualquier sistema regido por el principio del Estado de derecho los derechos humanos son límites para la protección. La Corte IDH se encuentra limitada por los derechos humanos. Por eso, cuando exige que se cumpla una sentencia en violación a esos derechos, esa exigencia puede ser desconocida por el Estado por respeto precisamente de esos derechos. El legislador es el Estado y la Corte IDH es el intérprete, que no puede crear nuevo derecho. Peor aún: la interpretación de la Corte IDH hace analogía *in malam partem*: legisla en contra de la CADH. La SCJ es órgano de aplicación y ejecución. Debe aclararse para el

aplicador del derecho, según la interpretación de la Corte IDH: ¿debe Uruguay aplicar o ejecutar totalmente la sentencia cuando una parte de ella no supera el control de constitucionalidad en el orden interno?, ¿cuál es el límite?, ¿puede erigirse el principio superior del derecho en un límite para la interpretación de la Corte IDH? En el informe se propone, explicó GALAIN PALERMO, que en el caso de que las interpretaciones de la Corte IDH pudieran violar la CADH no tienen deber jurídico y por tanto no despliegan efectos jurídicos por oponerse al derecho superior y de mayor protección de los derechos humanos. En el caso concreto se trataría entonces de una tarea de postulación, similar con la cláusula de Radbruch.

IV.b. Discusión

ZILLI reseñó los cuatro principios mencionados por GALAIN PALERMO y consideró al respecto que muchas veces se interpretan en forma equivocada las decisiones de la Corte IDH que están en línea con la protección de la víctima. A menudo la Corte IDH no habla de *víctima*, explicó ZILLI, sino del *bien jurídico*. Si se protege la vida, se trata de proteger eso, y no a la víctima. Hay procesos que son producto de una desvirtuación de la justicia. A esto GALAIN PALERMO respondió que lo importante es diferenciar los mecanismos de transición. Como se dijo en el caso *Gelman*: “la Ley de Caducidad es inconstitucional”. La pregunta es, entonces: ¿la Ley de Caducidad es un obstáculo? Parecería que no, ya que los principales responsables están en la cárcel. Por otro lado, ¿un Estado tiene que forzar sus categorías jurídicas para obedecer lo requerido por la Corte IDH?, ¿por qué era necesaria la nulidad de la ley? Una alternativa era declarar la inconstitucionalidad en el caso concreto.

SIJNIENSKY corrigió que la Corte IDH no ordenó a Uruguay “declarar la nulidad”, sino garantizar que la Ley de Caducidad no volviera a representar un obstáculo para la investigación de los hechos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables.¹⁵ A veces se reprocha a la Corte IDH que es demasiado específica respecto a lo que el Estado tiene que hacer, y no siempre es así, el Estado debe evaluar cuál es la mejor forma de cumplir con lo requerido a través de sus mecanismos internos.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*, sentencia del 24 de febrero de 2011, punto resolutivo undécimo.

PARRA se preguntó, respecto de los principios, hasta qué punto la interpretación de GALAIN PALERMO no lleva a la violación del principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados. En el caso uruguayo, la Com IDH dijo que la Ley de Caducidad era contraria a la CADH. En el marco del principio de buena fe, si el Estado disiente con una recomendación emitida por la Com IDH, el Estado puede presentar el caso ante la Corte IDH. Lo que viola el principio de buena fe es que se alegue que no se cumple porque se disiente de la recomendación, sin remitir el caso ante la Corte. No solo la Corte IDH, también el Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró que esa ley podría incumplir tratados de derechos humanos. Así y todo, se sometió a referéndum algo que era muy problemático de cara a los tratados internacionales. Por otro lado, la forma de implementación de la medida y el argumento del respeto de las obligaciones internacionales es importante, esto es, el acto de reconocimiento público de responsabilidad internacional. PARRA señaló también que es necesario armonizar los derechos de las víctimas y de los procesados, y eso no se elude con la postura de GALAIN PALERMO. Hay un conjunto de derechos que deben coexistir: deben coexistir los derechos de las víctimas y ponderarse en su justa medida con las garantías judiciales respectivas que puedan verse afectadas en una forma proporcional.

STEINER puntualizó un pasaje del informe preliminar en que habría una errada interpretación de la sentencia. El supuesto juego de cartas donde una carta vence a la otra no es tal. Se trata más bien de un conflicto entre un interés general de punir por parte del Estado para mantener la paz social y reconocer los derechos de las víctimas plasmados por vía punitiva, y por otro lado los derechos de los procesados a defenderse. De lo presentado por GALAIN PALERMO parecería que la Corte IDH pide sanción a cualquier precio, y este no es el caso. GALAIN comentó que efectivamente esa no era su idea y que debería reformular ese aspecto en el informe final para evitar una errada lectura. La Corte IDH cuestiona las limitaciones existentes, continuó STEINER, pero no se está quitando al acusado su proceso justo o adversatorio, acusatorio, con su defensa. El Estado debe probar que el acusado es culpable, no se pide que eso no se haga. Destaca que se está tratando de casos en que hay un problema con el buen funcionamiento que debería tener el sistema.

MARTÍNEZ VENTURA señaló brevemente que es evidente que hay un problema sin respuesta, y se preguntó si la Suprema Corte de Uruguay lo va a decir claramente o no.

SANTALLA VARGAS preguntó cómo se interpretó el concepto de *terrorismo de Estado*, ya que es un concepto muy manipulado, desprovisto de clara definición. Por otro lado, retomó el tema de la solución al conflicto de fondo en función de la perspectiva de los derechos humanos, siguiendo lo planteado por ZILLI, en el sentido de aplicar el principio de derechos humanos más favorable. La pregunta es: ¿más favorable desde qué óptica?, ¿cómo resuelve esto GALAIN PALERMO? Sobre los derechos de las víctimas, SANTALLA señaló que a veces se subestiman los instrumentos del derecho internacional. Por ejemplo, respecto del genocidio o la tortura, no solo es derecho sino obligación la sanción, y ese es el sentido de la Corte IDH. La cuestión es cómo vincular esto al ámbito de la competencia de la Corte IDH, que no tiene competencia directa sobre esos instrumentos.

EIROA recordó que la idea de brindar mayor protección no sirve si es cierto que hay conflicto entre derechos que tienen distintos titulares. Pregunta entonces a GALAIN PALERMO si está de acuerdo con que en el caso *Gelman* hay conflicto entre derechos de la víctima y del procesado.

AMBOS recordó que el *ius puniendi* es una potestad del Estado que no se deriva de ningún derecho del hombre, por lo que sería necesario profundizarlo en este sentido en el informe final. Hay una opinión bastante convincente en cuanto a que la fuente de los derechos humanos es la dignidad humana en el sentido kantiano; si existen como tales, el derecho penal puede existir en la defensa de los derechos humanos, y el Estado como titular en el ámbito nacional tiene la legitimidad de defender los derechos humanos como *ultima ratio* usando el derecho penal. Es una cuestión muy controvertida en el ámbito internacional. El *ius puniendi*, su discusión, se deriva precisamente de la dignidad humana kantiana. Sobre la propuesta de inversión de la fórmula de Radbruch mencionada por GALAIN PALERMO, AMBOS consideró que una tesis tan radical requeriría más fundamentación, especialmente en el sentido de indicar qué es lo que se invierte y cuál es la consecuencia de la nueva fórmula. Destacó que el tener que acudir a principios superiores para subvertir una decisión basada en la dignidad humana es

como poner a discutir a dos superjueces, por eso es necesaria una profunda fundamentación. Crítico sobre la inversión se mostró también STEINER.

MALARINO consideró que aplicar la fórmula de Radbruch a las decisiones de la Corte IDH es difícil. Ninguna sentencia de la Corte IDH ordena a los Estados adoptar medidas “extremadamente injustas” en el sentido de la fórmula de Radbruch. No es pensable que se aplique. MALARINO sugirió por ello no incluir la propuesta relativa a la inversión de la fórmula de Radbruch.

GALAIN PALERMO destacó que estas cuestiones planteadas precisamente ponen en evidencia la importancia de discutir el informe preliminar dentro del Grupo antes de redactar el informe definitivo. Destacó que estas ideas, y concretamente la inversión de la fórmula de Radbruch, deben ser mejor estudiadas y tal vez incluso descartadas. Ante la pregunta de si Uruguay cumplió o no con lo requerido por la Corte IDH (cuestión inicial de los informes de este año), la respuesta es que cumplió. En cuanto a las dificultades, señaló que su idea es poner límites al intérprete, para que por un lado no sea solo la boca de la ley sino que interprete, pero que por otro lado interprete dentro de ciertos parámetros. Cuando la Corte IDH dice “todos” los obstáculos deben ser removidos, ¿qué significa *todos*? La sentencia de primera instancia (apoyada por movimientos de ONG y por la sentencia de la Corte IDH) hace un activismo político que se olvida de todas las garantías jurídicas de los imputados. No se está refiriendo con esto a juicios morales (sin duda es aborrecible lo que se imputa), sino a la necesidad de contar con argumentos normativos.

Cuando la Corte IDH utiliza el derecho penal como medio para el descubrimiento de la verdad, es una contradicción. El derecho penal es lo contrario de la verdad sustantiva, ya que para conocer la verdad hay formas mucho más efectivas en los mecanismos de la justicia transición: comisiones democráticas participativas donde víctimas y victimarios se pueden encontrar sin consecuencias jurídicas, comisiones de verdad, reparaciones a las víctimas (museos, calles, etcétera) son, entre otras, las mejores maneras de decir que cierta persona fue víctima y que el Estado es responsable. En definitiva, resumió GALAIN PALERMO, en el conflicto de interés víctima/imputado cuando se trata de responsabilidad del Estado, la respuesta debe ser *in dubio pro víctima*, mientras que cuando se trata de la responsabilidad de los individuos debe ser *in dubio pro reo*.

V. INFORME MÉXICO

V.a. Informe a cargo de Javier Dondé Matute

Primeramente, DONDÉ MATUTE explicó que, como se trataba de exponer respecto del cumplimiento del Estado mexicano en relación con el sistema interamericano, era difícil no exponer someramente el marco jurídico mexicano, dado que la nueva reforma constitucionaliza los derechos humanos.

El nuevo texto constitucional en su primer artículo dice: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, así como de las Garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”,¹⁶ lo que por ser esencial desató una gran polémica.

Quizás lo más destacable sea lo que se conoce en México como el caso *Radilla*, continuó DONDÉ MATUTE, que en realidad es un expediente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación algo extraño, dado que es una especie de opinión consultiva, en la que, por otra parte, la misma Suprema Corte se formula la pregunta. El texto da cuenta de su esfuerzo por definir el alcance de sus obligaciones respecto de la Corte IDH en general y, en particular, de qué repercusión tiene para México la sentencia *Radilla*.¹⁷ Las conclusiones de la Suprema Corte son curiosas: explica que, por una parte, hay sentencias en casos en que México es parte y fue condenado, las cuales son obligatorias y con criterios vinculantes para el Poder Judicial, para todos los jueces estatales y federales, e incluso podría decirse que para cualquier autoridad, y, por otra parte, sentencias contra otros Estados, las cuales deben tomarse como criterios orientadores, no vinculantes para el Estado mexicano. También establece lo que se ha denominado “la fórmula española”, esto es, no crear bloque de constitucionalidad, sino una interpretación conforme: “... de conformidad con los Derechos Humanos previstos en la Constitución o en los tratados”. Con esa interpretación la norma en cuestión puede llegar a ser

¹⁶ Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2011.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23 de noviembre de 2009.

compatible con los derechos humanos, mientras que sin ella podría ser inconstitucional. Aquí se inicia un control de convencionalidad que lleva a un activismo judicial a ultranza, y esto es novedoso (tiene dos años como máximo): una corte puede declarar una norma como contraria a la Convención, aunque no inconstitucional. No se anula la norma jurídica sino que se deja de aplicar en el caso concreto —la posibilidad de anular normas jurídicas está retenida en la Suprema Corte—.

Ya con respecto a los casos concretos, DONDE MATUTE explicó que primeramente intentó establecer diferencias según el poder (Ejecutivo, Judicial y Legislativo) y el tipo de obligación en cuestión, pero que eso resultó muy difícil para la estructura del informe. Una de las obligaciones en *Radilla*, por ejemplo, es una correcta tipificación (faltaba el elemento de que un particular pudiera cometer el crimen de DFP), pero es un aspecto difícil porque el Ejecutivo envía la propuesta de reforma legal, pero el Legislativo no avanza con ella. Esto es emblemático y pone de manifiesto que es mucho más sencillo el cumplimiento cuando la medida de reparación corresponde a un solo órgano. Otro ejemplo fue el monumento en Ciudad Juárez, que resultó problemático porque debía estar presente un funcionario estatal y no se sabía quién correspondía, ¿el presidente?, ¿cualquier funcionario? Acciones que implican que el gobierno desembolse determinada cantidad de dinero, en cambio, no han generado complicaciones.

La complicación se presenta cuando intervienen distintos órganos del Estado. En estos casos, el Estado en su conjunto no ha cumplido, aunque se hayan dado los primeros pasos. Una complicación extra en el contexto mexicano está dada por las decisiones que tratan sobre las fuerzas armadas, continuó DONDE MATUTE. A raíz de *Radilla*, la propuesta del Ejecutivo al Legislativo fue que el fuero militar siguiera vigente salvo en casos de violación de derechos humanos o DFP. La Corte IDH dijo que no hay que limitarlo a aquello de lo que estrictamente versó el caso, y finalmente la Suprema Corte declaró inconstitucional el artículo 57 del Código de Justicia Militar, que establece la amplitud del foro de justicia militar (esto va a agregarse en el informe). En el caso de México la estructura federal trae una complicación adicional porque —por ejemplo, en el caso *Campo algodnero*¹⁸— la

¹⁸ Véase *supra*, nota 12.

violación de derechos humanos fue del estado de Chihuahua y el cumplimiento correspondía al Estado federal.

Un denominador común que pudo advertirse es una nueva interacción con las víctimas, especialmente con sus familiares. No solo la participación de las víctimas en el proceso, sino también en la figura del amparo. A fin de garantizar su derecho al acceso a la justicia fue propuesta una reforma a la Ley de Amparo, aún en estudio.

Con relación al control de constitucionalidad, DONDE MATUTE destacó la importancia de identificar las normas de derechos humanos. En un caso un juez estadual no aplicó arraigo por ser violatorio de la CADH. Es un caso muy complicado porque el arraigo se encuentra regulado en la Constitución; es decir, el juez identificó normas de derechos humanos que están en contra de la Constitución, lo que pone en cuestión tanto el rango constitucional de esas normas de derechos humanos como a la propia Constitución. En el caso aludido el juez estadual no hizo mención expresa a la Constitución, pero sí habló de una institución allí establecida. La pregunta es: ¿qué sucede con normas de derechos humanos que estén en la costumbre u otros órdenes más allá de la Corte IDH? ¿El DIH o el DPI también son órdenes de protección de los derechos humanos? Esto va a ser muy discutido a partir de la reforma constitucional.

V.b. Discusión

PARRA mencionó los casos de la Corte IDH *Inés Fernández*¹⁹ y *Valentina Rosendo*,²⁰ y señaló que era importante diferenciar la responsabilidad estatal de la responsabilidad penal individual, distinción que se hace en estas sentencias, en que se trataba de definir si había o no comisión de violación sexual. La Corte IDH dice que es en el ámbito interno que el procesado podrá presentar excluyentes para evitar su condena. Hay argumentaciones más débiles que otras, pero la Corte IDH no exige siempre lo mismo. En este sentido, en el caso *Zambrano*²¹ la

¹⁹ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 30 de agosto de 2010.

²⁰ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto de 2010.

²¹ Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 4 de julio de 2007.

Corte IDH hace una diferenciación entre los tipos de verdades y alude a la complementariedad dinámica entre la verdad de las Comisiones de Verdad, la verdad en los procesos de atribución de responsabilidad internacional y la verdad en procesos judiciales penales.

Interesante es la visión dinámica sobre la implementación de las sentencias. Es valiosa esa visión integral. Lo que plantea DONDE MATUTE permite pensar que si se evalúa el cumplimiento muchas veces parece que no se cumplió, pero visto de cerca el nivel de interrelación o rediseño dentro del Estado se pone en evidencia un alcance mucho mayor de la sentencia. Lo mismo ocurre en el caso de Guatemala, donde el cumplimiento de la obligación de investigar ha sido relativamente lento, pero una visión dinámica que no se concentre solo en lo instrumental, sino también en los efectos simbólicos, de redefinición de relaciones de poder, constructivistas, puede hacer visible, como en el caso mexicano, todo lo que ha logrado la Corte IDH. Esta es una visión mucho más amplia sobre su impacto.

Es importante diferenciar entre recomendaciones y decisiones, pero si solo se estudian las decisiones se está haciendo un recorte que impide reconstruir el verdadero impacto y alcance de lo establecido en la CADH. Sobre esto DONDE MATUTE resaltó que es muy difícil cumplir con la medida si no se puede empezar a movilizar. En el caso de *Inés-Valentina*,²² la falta de cumplimiento estuvo en el tercer nivel de gobierno, dado que se trataba de nombrar calles. Cuando se habla de sancionar a funcionarios públicos, por ejemplo, la dificultad reside muchas veces en que ya no se desempeñan donde lo hacían.

AMBOS señaló que en el informe preliminar dentro del *soft law* se cita la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), pero que esta en realidad es *hard law*, a tal punto que hay quienes incluso la consideran *ius cogens*. Sobre la jurisdicción militar, de acuerdo al informe, esto significa entonces que hay distinción cuando el delito se comete contra un civil, porque el bien jurídico cambiaría, ¿por qué? En cuanto a la referencia a la “fórmula española”, AMBOS señaló que el examen de conformidad fue originariamente desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*). DONDE MATUTE atendió los comentarios sobre el carácter de la DUDH y respecto del control de

²² Véase *supra*, notas 19 y 20.

conformidad, y explicó al respecto que en la exposición de motivos de la reforma expresamente se menciona el caso español al definir que no se quiere tener bloque de constitucionalidad.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA (Brasil) señaló que en México parece haber más resistencia al cumplimiento por parte del Legislativo que del Judicial (y, sin embargo, es más fácil pensar en una nueva decisión judicial que en una nueva ley). En Brasil, comparó, sucede lo contrario. Al respecto DONDÉ MATUTE confirmó que a su entender en el Poder Judicial de la Federación mexicana hay una buena disposición a cumplir con el sistema interamericano, y el problema se presenta en el Legislativo cuando se trata de sancionar o reformar leyes. Debe tenerse en cuenta, puntualizó, que en caso de un nuevo tipo penal, por ejemplo, cada Estado de la Unión debe tipificarlo, y esto debe hacerse en forma uniforme en todos los Estados, lo cual es sumamente complejo.

MALARINO señaló que al menos en Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación está más dispuesta a cumplir cuando la decisión no implica grandes medidas económicas. Por ejemplo, en el caso *Cantos*²³ la CSJN dijo que no aceptaba el valor vinculante de la decisión de la Corte IDH que la obligaba a modificar una sentencia por la que había impuesto a un ciudadano el pago de altas tasas a favor del Estado y honorarios a favor de peritos en un juicio administrativo. También señaló algunas inconsistencias en el cumplimiento de las sentencias por la CSJN argentina. Así, en los casos *Cantos* —recién mencionado— y *Videla*,²⁴ por ejemplo, la CSJN decidió en el mismo día sobre cosa juzgada en ambos casos, con resultados diferentes. En *Cantos* se trataba de cosa juzgada civil; en *Videla*, de cosa juzgada penal. La cuestión planteada era si la Corte IDH podía dejar la cosa juzgada de lado. En el caso *Cantos*, la CSJN decidió que la cosa juzgada civil no podía ser dejada de lado (con lo que quedaba intacta la sentencia de la CSJN que había impuesto a un ciudadano el pago de altas tasas a favor del Estado, etcétera), aun cuando la sentencia del tribunal interamericano había sido dictada en un caso contra Argentina y, por lo tanto, según el artículo 68.1 de la CADH Argentina estaba

²³ CSJN, *Cantos, José M., expediente 1.307/2003*, sentencia del 21 de agosto de 2003 (*Fallos*, 326: 2968).

²⁴ CSJN, *Videla, Jorge Rafael s/incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción*, sentencia del 21 de agosto de 2003 (*Fallos*, 326: 2805).

obligada a cumplir la decisión de la Corte IDH. En el caso *Videla*, en cambio, decidió que la cosa juzgada penal debía ceder, aun cuando la sentencia del tribunal interamericano no había sido dictada en un caso contra Argentina (se trataba del caso *Barrios Altos contra Perú*²⁵) y por lo tanto no era de obligatorio cumplimiento, según la CADH, para Argentina y a pesar de que al tratarse de cosa juzgada penal estaba protegida por el *ne bis in idem* garantizado en la misma CADH (artículo 8.4). Importante es ver, señaló finalmente MALARINO, si hay o no arbitrariedad en la argumentación de la CSJN. En los casos mexicanos, señaló DONDE MATUTE, todos los casos eran de naturaleza penal. GUZMÁN DALBORA agregó sobre esto que en materia civil hay posibilidades que no hay en materia penal. La revisión del fallo, por ejemplo, es mucho más fácil.

SIJNIENSKY se refirió a las reparaciones y refutó lo afirmado por el Grupo en cuanto a que habría bajo nivel de cumplimiento de las mismas. Sostuvo que hay alto cumplimiento de las sentencias, que permanentemente se van dictando resoluciones y se van estableciendo las medidas que han sido cumplidas, ya sea parcial o totalmente. Muchas veces el caso está aún abierto, pero mucho ya se cumplió. En datos de 2008 de la Secretaría de la Corte IDH sobre reparaciones pecuniarias se establece que, de los casos resueltos hasta 2005, las indemnizaciones compensatorias fueron cumplidas total o parcialmente en el 81% de los casos. Esto significa, concluyó, que las medidas pecuniarias son las que se cumplen más rápido. Las que implican investigación son las que más tiempo llevan, como es lógico. Sobre la cuestión del cierre de casos, DONDE MATUTE señaló que es muy importante que estos efectivamente se cierren. Hay que ser realistas: nunca se va a procesar a quien desapareció a Rosendo Radilla.

MALARINO puntualizó que al referirse al bajo nivel de cumplimiento cuando están implicadas erogaciones pecuniarias no se refería al pago en sí, sino a gastos que implican reformas estructurales, como por ejemplo la obligación de construir una red de alcantarillado y otras obras de infraestructura a gran escala ordenadas en *Plan de Sánchez*.²⁶ Preguntó entonces cuándo la Corte IDH da por cerrada una

²⁵ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*, sentencia del 14 de marzo de 2001.

²⁶ Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones*, sentencia del 19 de noviembre de 2004.

medida de reparación, a lo que SIJNIENSKY respondió que la Corte IDH continúa requiriendo información hasta que considera que hay un total cumplimiento.

VI. INFORME BRASIL

VI.a. Informe a cargo de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos ZILLI y Fabíola Girão Monteconrado

Fabíola Girão Monteconrado se pronunció en primer término sobre la relación del derecho penal con los derechos humanos en Brasil. Al respecto señaló que la Constitución de 1988 amplió el ámbito de derechos reconocidos a los plasmados en tratados internacionales. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) desde 1977 fue que la Constitución se sobreponía a la CADH. A partir de entonces, explicó, la jurisprudencia se posicionó pacíficamente en este sentido. Esto cambió en 2004 (EC 45/2004), cuando se agregó un párrafo 3.º al artículo 5 de la Constitución, en el sentido de que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados con mayoría calificada “equivaldrán a reformas constitucionales”.

Para algunos fue una medida desafortunada porque añadió una dificultad enorme para reconocer los tratados con rango constitucional. La doctrina pasó entonces a entender que los tratados internacionales anteriores a la enmienda tendrían una función materialmente constitucional, porque el párrafo segundo ya les daba la función material constitucional. Todos los tratados posteriores que entrasen al sistema brasileiro con quórum clasificado tendrían rango constitucional formal y material. Esa era la posición mayoritaria de la doctrina. Sin embargo, la jurisprudencia posterior a la EC/45 volvió a la idea de supralegalidad sin jerarquía constitucional. Una posición minoritaria, sostenida por ejemplo por el ministro Celso de Mello, es que estos tratados tienen jerarquía constitucional y que hay que decidir de la forma más favorable a la persona.

A fin de explicar estas dificultades GIRÃO MONTECONRADO presentó dos casos. El primero, el caso *Escher*,²⁷ refiere a la problemática de la prescripción y significó un

²⁷ Corte IDH, *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 6 de julio de 2009.

cambio de posición respecto de *Bulacio*.²⁸ En *Escher* la Corte IDH determinó que se hicieran nuevas investigaciones contra alguien que ya estaba absuelto por el delito de violación del secreto de las comunicaciones telefónicas. La Procuraduría General del Ministerio Público explicó la inviabilidad de los nuevos procedimientos en razón de la prescripción de la acción penal. La Corte IDH consideró que se cumplió integralmente y la Procuraduría dictaminó que el delito está prescrito. Respecto de los argumentos para la prescripción (los delitos de interceptación telefónica y de violación de secreto de procedimiento judicial no son equiparables a delitos de lesa humanidad o a graves violaciones de derechos humanos), la Corte IDH los aceptó diciendo que efectivamente existe un régimen más severo para crímenes especialmente graves —DFP, tortura y ejecuciones extrajudiciales— y que esa no era la situación del caso bajo estudio.

El segundo caso presentado fue el más emblemático en Brasil, el caso *Gomes Lund*,²⁹ en el cual hubo una decisión del STF³⁰ antes de la sentencia de fondo de la Corte IDH. En esta sentencia, la Corte IDH, analizando las DFP de la *Guerrilha do Araguaia*, ordenó investigar a los responsables por las desapariciones forzadas y prohibió la aplicación de la Ley de Amnistía, la prescripción, la cosa juzgada, la irretroactividad de la ley penal y el principio *ne bis in idem*.

La Corte IDH destacó que la decisión anterior había sido una violación al control de constitucionalidad. En Brasil ese conflicto debe resolverse entre la decisión de la Corte Suprema y la Corte IDH. Hay que tener en cuenta que en esa época se habían juzgado extradiciones,²⁹ extradiciones por DFP (delito que no existe como figura penal porque no se implementó todavía en Brasil el ER ni se tipificó esa figura en el Código Penal). En ambos procesos de extradición, el STF de Brasil, o sea, la Corte Suprema, tipificó las conductas como secuestro y, en razón de su carácter permanente, no declaró la prescripción de dichos crímenes, además de no haber aceptado la presunción legal de la muerte de las víctimas, pese al largo tiempo transcurrido desde su comisión. Por estos argumentos, explicó GIRÃO MONTECONRADO, el Ministerio Público Federal de Brasil ha cambiado su estrategia

²⁸ Véase *supra*, nota 8.

²⁹ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2010.

³⁰ STF, *ADPF 153 - Constitucionalidad de la Ley de Amnistía*, sentencia del 29 de abril de 2010.

para intentar la persecución judicial de los delitos. Es importante destacar que en los casos de muerte comprobada, para evitar la extinción de la responsabilidad penal por la prescripción y la discusión sobre la ley de amnistía, el MPF ha fundamentado el pedido en el tipo de ocultación de cadáver. Esto imposibilita la prescripción porque el plazo no se inicia, y al Estado le impide la aplicación de amnistía porque esta no puede aplicarse a futuro; considera únicamente hechos pasados.

GIRÃO MONTECONRADO concluyó entonces que el propio Ministerio Público Federal, cuando adopta esa estrategia intentando un juicio penal para estos casos de la época de la dictadura, evita enfrentar los efectos de la Ley de Amnistía porque, en caso de tener que intervenir, el STF reiteraría que el rango de la sentencia de la Corte IDH es inferior. También rechaza los delitos de carácter instantáneo, porque debería recurrirse para ello a la costumbre internacional, y Brasil todavía no tiene figuras de carácter instantáneo del DPI que puedan ser aplicadas en este sentido. El derecho brasileiro continúa refractario al derecho internacional, por lo que prevalece la tesis de la supralegalidad.

Sobre el grado de cumplimiento también se puede observar, señaló GIRÃO MONTECONRADO, que de las medidas de la Corte IDH y la Com IDH el mayor problema es cumplir con la obligación de investigar y responder penalmente a esos pedidos, tanto de la Com IDH como de la Corte IDH, seguido esto por la imposibilidad de dar respuesta de la actuación administrativa de los agentes del Estado. Por otro lado, se advierten medidas de cumplimiento más sencillas: reparación material, actos públicos, publicación de sentencias, etcétera. El Legislativo, en la medida de sus posibilidades y para incrementar el derecho penal y la punitivización, también legisla en derecho penal de acuerdo a lo requerido.

VI.b. Discusión

PARRA resaltó la valoración que hizo el informe brasileiro del caso *Escher* y planteó que la pregunta central es ver en qué lugar queda la obligación de investigar los hechos. El caso *Gomes Lund* refleja una práctica: *Barrios Altos, Almonacid, Gomes Lund*; se trata de un recorrido, del reconocimiento de una práctica. Se va a varias velocidades y los casos van retroalimentándose mutuamente. Hay un caso reciente contra Ecuador (secuestro seguido de

muerte)³¹ que complementa estos temas, indicó PARRA, donde la Corte IDH no ordena investigación, porque analizó en profundidad el tipo de ponderación de prueba efectuada en el ámbito interno, la actuación de las presuntas víctimas y entendió que no existía justificación suficiente para determinar la atribución de responsabilidad al Estado y ordenar una investigación. En este sentido, en la evolución jurisprudencial es posible ver diversos matices sobre debida diligencia y se advierte una evolución. Siguen las tensiones, habrá seguramente más casos, pero es un tema interesante para las discusiones.

AMBOS preguntó por qué referirse a “categoría nebulosa” cuando se habla del carácter supralegal. A esta pregunta ZILLI respondió que *negro (preto)* sería el nivel constitucional, *blanco (branco)* el normal y *gris (gris)* el supralegal. La ley constitucional dice que los tratados internacionales de derechos humanos entran en el campo de la Constitución. Por esta razón, cuando el STF dice que esos tratados internacionales no están en uno ni en otro ámbito, crea la *zona gris* en contra del propio texto constitucional. ZILLI explicó, además, que si el sistema interamericano es un sistema supralegal, entonces las decisiones que se derivan de ese sistema deben obedecer al propio patrón constitucional. Cuando se las confronta, en caso de ser contrarias, no deberían ser obedecidas, eso si se mantiene el posicionamiento del STF, que viene siendo seguido por los tribunales inferiores. Incluso las decisiones que admitieron razones penales afirman expresamente que no se puede discutir más la Ley de Amnistía porque el STF ya dio su postura final. No se puede hablar de DPI como fuente, porque la costumbre no es aceptada. Explica que este sería su pronóstico.

AMBOS manifestó que entiende el STF dice que la amnistía es válida y que ahora todos los tribunales deben seguir esa posición. La pregunta es, puntualizó: ¿ustedes creen que es correcto? Podría ser que un juez no obedezca porque piensa que es incorrecto. ¿Existe la obligación de Brasil de seguir la jurisprudencia? Entonces un juez brasileiro podría decir que se siente obligado por la Corte IDH, ¿sería posible? ZILLI respondió que eso llevaría a una nueva apelación y que, cuando llegase al STF, este reiteraría lo que ya dijo. En Brasil ningún juez hace

³¹ Parra se refería al caso: Corte IDH, *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo, sentencia del 3 de septiembre de 2012.

mención a control de convencionalidad; sería raro que lo hiciera. Una discusión nueva es que se implemente control de convencionalidad difuso, discusión que por ahora está muy restringida al ámbito doctrinario en el campo de los defensores de derechos humanos.

GUZMÁN DALBORA dijo que le llamaba la atención cómo a raíz del caso GOMES LUND se está usando en Brasil la misma fórmula que en Chile sobre el delito permanente, lo cual es muy complejo, ya que para poder desligarse de la imprescriptibilidad debe decirse dónde está la persona desaparecida. En el caso de Chile eso pasó a un segundo plano cuando la Corte Suprema dijo que estos delitos no prescriben. Pidió además, de ser posible, más información sobre los crímenes comunes de abusos policiales.

MALARINO dijo que quería volver sobre la cuestión del delito permanente, ya que a él esta idea nunca le pareció muy convincente. ¿Cómo puede sostenerse que hoy se sigue cometiendo una DFP si aquellos a quienes se les imputa el delito están en la cárcel? En realidad, la DFP es un tipo penal ideado para evitar los problemas probatorios de los asesinatos que en verdad ocurrieron. Por otro lado, con relación a la prescripción y el comentario de Parra, señaló que la Corte IDH no analiza la cuestión con suficiente profundidad. Parecería que la Corte IDH no tiene en cuenta los problemas de prueba de procesos penales que duran eternamente. Después de más de 30 años probablemente no podamos reconstruir un hecho con la calidad epistémica que requiere una condena penal. Señaló que, desde el punto de vista de la justicia de la decisión y de la legitimación material de la sentencia, este es un punto que no puede descuidarse.

En relación con el problema de la existencia de costumbre sobre crímenes contra la humanidad, recordó MALARINO que en un trabajo realizado en el contexto del Grupo³² pudo comprobar que, de las 19 definiciones existentes en el ámbito de la comunidad internacional (instrumentos internacionales o proyectos) sobre crímenes de lesa humanidad, 17 eran diferentes (especialmente en cuanto al elemento de contexto). Por otro lado, se preguntó, también en relación con la

³² Malarino se refería al siguiente texto: Ezequiel Malarino, "Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (comps.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 421-448 (disponible *online*, véase *supra*, nota 1).

costumbre, ¿cuál es la legitimidad de una costumbre internacional para vincular a individuos? Asimismo, en cuanto a la verificación de la costumbre, señaló que no solo hay que tener en cuenta los ordenamientos en que una práctica existió (por ejemplo, procesos que utilizaron ciertas reglas jurídicas de derecho penal internacional), sino también los casos en los que, pese a haber ocurrido hechos similares, no existieron procesos o estos no fueron conducidos utilizando tales reglas.

GIL GIL aportó detalles sobre la DFP en España, donde este delito, como no existe en el Código español,³³ se subsume como secuestro agravado. Se argumentaba que mientras no se sacaran los cadáveres de las fosas el delito se seguía cometiendo. El Tribunal Supremo dice que tanto el crimen contra la humanidad de desaparición forzada como la detención ilegal agravada por no dar razón de la suerte o el paradero de la víctima no existían en la época, pero añade que aplicar el delito de detención ilegal agravada y la presunción de que la persona sigue detenida es presumir en contra del reo, y una ficción después de tantos años.

A esto añadió APONTE, en referencia al desplazamiento forzado de personas, que la pregunta es: ¿qué es lo que se está sustrayendo?, ¿la persona física o la persona como entidad normativa? Los efectos prácticos son muy grandes. Hay casos en que se secuestró para matar, pero hay otros en los cuales todavía puede pender la cuestión de si la persona está desaparecida o muerta. La noción de víctima sirve para fundamentar la permanencia en el tiempo del estado antijurídico. Si el cadáver apareciera, es claro. Pero si la víctima es toda aquella que sufre los efectos de una conducta, la violación no es solo a la persona, sino también a la familia.

El problema que esto presenta, reflexionó GIL GIL, es que la obligación del Estado se mezcla con la responsabilidad individual. La cuestión es que si “se saca” al sujeto del sistema, pierde garantías; si se cambia el bien jurídico, el problema es que se obliga a una persona a declarar contra sí misma.

Pero el tema no es solamente del Estado, agregó APONTE; a individuos particulares se les imputa que no digan qué pasó. Si el bien jurídico es el entorno de la persona, entonces sigue desaparecida.

³³ Salvo como modalidad de crimen contra la humanidad, vigente desde el año 2004.

Sobre esto replicó MALARINO que si apareciera el cuerpo, la acusación debería modificarse por la de homicidio, el cual estaría prescrito, y eso lleva entonces a que no se pueda juzgar, por lo que se da la contradicción de que se obtiene la verdad, pero no hay justicia.

La discusión en torno a la figura de la DFP continuó intensa, incluyendo cuestiones relativas al bien jurídico, a la violación del *nemo tenetur*, etcétera, también con la intervención de otras personas. Como en otras oportunidades en que el tema fue discutido por miembros del Grupo,³⁴ no se llegó a un acuerdo.

ZILLI aclaró, con respecto al caso *Escher*, que este no puede reducirse a que la interceptación telefónica es un error. Se trata de violación de secreto, porque hubo divulgación en la prensa. El hecho fue investigado, hubo condena en primera instancia y absolución en segunda instancia. El argumento del tribunal fue que no podía haber condena porque la prensa ya había divulgado el secreto judicial. La Corte IDH dijo en su sentencia de fondo que la violación de secreto es una grave violación de derechos humanos y estableció un régimen punitivo. Aquí no hubo cosa juzgada fraudulenta, y sin embargo la Corte IDH consideró que el tribunal tendría que haber avaluado mejor las pruebas y actuó como un tercer grado de decisión que no corresponde a una corte regional. Posteriormente (en el momento de la fiscalización de las medidas impuestas), tuvo que reconsiderar su posición, distinguir el delito de lo que ella denomina *graves violaciones a los derechos humanos* y aceptar el argumento de la prescripción declarada por el Estado brasileño.

Sobre el otro tema planteado, ZILLI explicó que en Brasil no se discute sobre DFP (como se dijo, la figura no existe), porque se habla de secuestro, como crimen permanente. Casos como *Gomes Lund* se tratan ahora como crímenes permanentes, como algo que está siendo cometido. Dirigiéndose a MALARINO, que consideró la figura de la DFP como una ficción, ZILLI respondió que en este momento en Brasil quien promueve acción penal, o bien acusa por homicidio, para lo cual es necesario

³⁴ Véase sobre estas diferencias y discusiones lo referido sobre distintos países y considerado en Kai Ambos y María Laura Böhm, “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa”, en Kai AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis y GTZ, 2009, pp. 195-255.

un mínimo probatorio, o bien acusa por secuestro, en los casos en que se sabe que una persona fue detenida en cierta fecha y luego no se supo más de ella. Si se inicia por homicidio sí es una ficción jurídica. Incluso si se inicia mucho más tarde de ocurrido el hecho, respondió ZILLI a la inquietud de MALARINO, la cuestión es cuál sería el mínimo fáctico con que se cuenta. La estrategia del MPF fue definir qué es lo mínimo necesario para acusar, no necesariamente para condenar.

VII. INFORME BOLIVIA

VII.a. Informe a cargo de Elizabeth Santalla Vargas

En el caso de Bolivia es importante destacar, señaló SANTALLA VARGAS, que el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH no ha sido objeto de cuestionamiento. Con relación al ámbito constitucional, indicó que la nueva Constitución de febrero de 2009 recoge la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Destacó que el nuevo texto establece que los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vinculantes para Bolivia. Al respecto, consideró que si bien el texto constitucional solo se refiere a los derechos humanos, la fórmula podría abarcar también al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional, considerando que ambas áreas tienden también a la protección del individuo. En esa línea, la Corte IDH se ha referido al DIH y al DPI. Así, la CADH constituye una fuente de interpretación.

SANTALLA mencionó, asimismo, que recientemente se adoptó un Código Procesal Constitucional (CPC),³⁵ que tiene por objeto reglamentar los procedimientos constitucionales. De manera crítica señaló que el CPC establece para el Tribunal Constitucional la facultad —no obligatoriedad (“podrá aplicar”)—, de efectuar una interpretación sistemática y teleológica (“según los fines establecidos en los principios constitucionales”)³⁶ y de interpretar los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado (CPE) a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Hay, por tanto, una disyuntiva normativa: la Constitución sitúa a los tratados vinculantes de derechos humanos

³⁵ Ley 254, del 5 de julio de 2012, en vigor desde el 6 de agosto de 2012.

³⁶ Art. 2 (II) (1).

por encima de ella, y con una norma infraconstitucional se los deja a discrecionalidad judicial.

En cuanto a los efectos de la jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso boliviano, SANTALLA VARGAS señaló que en principio cabe observar el orden constitucional. El impacto se evidencia en la nueva Constitución, que contempla la prohibición de la desaparición forzada de personas (DFP), que fue objeto de las tres sentencias condenatorias de la Corte IDH contra Bolivia: *Trujillo*,³⁷ *Ticona*³⁸ e *Ibsen*³⁹). El precepto constitucional recoge la prohibición de la DFP como un derecho fundamental. Lo propio ocurre con la esclavitud, a raíz de informes de la Com IDH, que desde 2006 realizó visitas *in loco* en el oriente boliviano y en el 2009 emitió recomendaciones sobre la esclavitud y prácticas análogas.⁴⁰ Estas recomendaciones fueron recogidas a nivel constitucional, en el ámbito de los derechos fundamentales.

A partir de ello, SANTALLA VARGAS criticó la consistencia jurídica del ordenamiento constitucional: si bien es simbólico que la prohibición de cometer DFP y esclavitud se recoja a nivel constitucional, ¿qué ocurre con los otros *core crimes*? Aunque la DFP es emblemática de los regímenes dictatoriales por los que atravesó Bolivia, en ellos se evidenció también la comisión de otros crímenes del derecho internacional. Por otro lado, ¿cuál es el sustento jurídico que convierte su prohibición en derecho fundamental?, ¿de qué sirve ello? Parecería existir incongruencia entre los derechos reconocidos por el derecho internacional, así como las garantías fundamentales.

Otro efecto en el ordenamiento jurídico fue la tipificación de la DFP. La sentencia condenatoria y de reparaciones en *Trujillo*⁴¹ ordenó al Estado tipificar este delito. Ello se hizo en enero de 2006 a través de una ley especial, en respuesta

³⁷ Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*, sentencia del 27 de febrero de 2002.

³⁸ Corte IDH, *Caso Ticona Estrada vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 27 de noviembre de 2008.

³⁹ Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 1 de septiembre de 2010.

⁴⁰ Com IDH, *Comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco boliviano*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58, de 24 de diciembre de 2009.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Fondo*, sentencia del 26 de enero de 2000.

al proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH. Durante ese proceso, el Estado boliviano presentó el borrador aprobado por la Cámara de Diputados, lo que adicionalmente demuestra que la tipificación fue un efecto de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH. El problema, sin embargo, radica en la incongruencia normativa de la tipificación, porque esta se efectuó en el marco de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas⁴² (de la cual Bolivia es Estado parte), por lo que resulta distinta a su formulación en el ER. La tipificación se realizó solo como delito ordinario y no como crimen de lesa humanidad (está ausente el elemento contextual), y el sujeto activo se circunscribe al sujeto estatal, excluyendo a los actores no estatales. Dicha incongruencia normativa podría generar situaciones de impunidad.

En 2007 Bolivia presentó el informe ante la Corte IDH, la que dio por cumplida la medida de reparación, lo cual genera un problema de orden práctico, ya que se avala el cumplimiento por el Estado pese a que la tipificación difiere del ER. Esto amerita una mayor reflexión al respecto. ¿Cabría que la Corte IDH diera lineamientos para la tipificación? ¿Podría ello considerarse dentro de su competencia? Esto es relevante, más aún si se tiene en cuenta que los hechos analizados por la Corte IDH constituyeron crímenes de lesa humanidad.

Por otro lado, en *Ibsen* existió repercusión en el proceso penal interno. En este caso se estaba sustanciando un proceso por secuestro y homicidio, y durante su curso se sancionó esta ley, lo que ameritó la modificación del tipo a DFP. Se consideró que a tiempo de la tipificación del delito la conducta de desaparición continuaba perpetrándose, porque el paradero continuaba siendo desconocido.

Como se demuestra en el caso boliviano, es necesario abordar los derechos humanos en relación con el DPI, señaló SANTALLA VARGAS. Recordó que en el Grupo se tienen opiniones muy diversas al respecto. En *Ibsen*, la Corte Suprema consideró que, siendo un delito de carácter permanente, no hay problemas de prescripción ni tampoco con la modificación del tipo. Sin embargo, la Corte Suprema consideró que el homicidio y la tortura habían prescrito. Ello se argumentó sobre la base del ER, considerando que conforme al artículo 11 no podía aplicarse la retroactividad.

⁴² Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará (Brasil) por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994, y entrada en vigor el 28 de marzo de 1996.

Esto, desde luego, fue una incorrecta interpretación y aplicación del ER, que no tenía relación alguna con el caso *Ibsen*, pues no estaba en juego la competencia de la CPI. Es decir, se dio una aplicación directa del ER para calificar como crímenes de lesa humanidad el homicidio y la tortura, aunque el ER no ha sido implementado hasta la fecha. Fue una interpretación errónea de la Corte Suprema en el afán de justificar por qué la DFP no había prescrito, pero sí el homicidio y la tortura (en atención a la irretroactividad del ECPI).

Reiteró SANTALLA que es necesario articular los derechos humanos con el DPI, a fin de evitar interpretaciones forzadas o imprecisas. Puntualizó, asimismo, que a su criterio es necesario que la Corte IDH dé ciertos lineamientos cuando ordena medidas de tipificación, y comentó que en el informe argumentó cómo esto sería posible a partir del criterio del efecto útil en la interpretación, el cual fue reiterado por la Corte IDH en las decisiones contra Bolivia.

VII.b. Discusión

MALARINO inició la ronda de discusión destacando la importancia de diferenciar los conceptos *case law* y *jurisprudencia*, ya que el primero refiere a un sistema en que el antecedente es vinculante y el segundo no.

EIROA señaló que en Argentina es el presidente de la República el que puede suscribir un tratado, pero que antes debe hacerse un control de constitucionalidad. Si en el caso boliviano se dice que los tratados tienen prevalencia sobre la Constitución, esto implica que se acepta la posibilidad de que haya cláusulas contrarias. SANTALLA VARGAS confirmó que la relación entre el derecho internacional y el derecho interno es poco clara, y que tampoco hay suficiente material de consulta para establecer cuál fue el racional del constituyente a tiempo de la elaboración del informe. Reiteró que solo los tratados vinculantes en materia de derechos humanos tienen prevalencia sobre la Constitución, en el sentido de que guían su interpretación para suscitar a su vez una interpretación más favorable.

GIL GIL trajo a colación el caso de España, cuya Constitución dice que si un tratado es contrario a ella, será necesario primeramente reformar la Carta. AMBOS señaló que a su entender la reforma llevada a cabo en Bolivia no era algo novedoso. Este comentario desató una larga y acalorada discusión entre varios miembros del

Grupo sobre la reforma constitucional boliviana, sus antecedentes y su poca claridad, discusión que escapó a los intereses inmediatos de los temas aquí tratados.

VIII. INFORME ECUADOR

VIII.a. Informe a cargo de Ramiro García Falconí

En conexión con el tema discutido precedentemente, GARCÍA FALCONÍ inició su exposición señalando que en el artículo 410 de la Constitución de Bolivia (CBol) y en el artículo 404 de la Constitución de Ecuador (CEc) se dispone que la Constitución prevalece, y que la Constitución y los tratados prevalecen sobre cualquier otra norma. El orden jerárquico de las normas está establecido en el artículo 425 CEC, lo que a su entender exige una interpretación sistémica de estos artículos.

Antes de referirse a Ecuador y a su cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, GARCÍA FALCONÍ presentó una breve reseña histórica. Recordó que en la década de 1970 su país sufrió dictadura, la cual se caracterizó por un caprichoso manejo de los recursos públicos, pero no principalmente por las violaciones de derechos humanos. Estas tuvieron lugar más bien en los gobiernos de 1984 y 1988, democráticamente elegidos. En 1998, continuó reseñando GARCÍA FALCONÍ, se estableció por primera vez la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad —para ese momento, obviamente, ya habían prescrito todos los delitos cometidos durante aquellos períodos—. En 2007 la administración de justicia habría quedado bajo otro ámbito de influencia, ya no el conservador, sino el correísta, situación que alcanza a la actualidad.

En cuanto a los casos específicos, GARCÍA FALCONÍ recordó que Ecuador tiene un 85 % de sentencias de la Corte IDH en las que son decisiones judiciales las que llevaron el caso ante ella (fundamentalmente por cuestiones de libertad personal). Hoy hay jueces encarcelados por dar esas libertades. Ha habido un decreto del Ejecutivo que dispone el cumplimiento de todas las decisiones de la Corte IDH. Ahora, sin embargo, Ecuador lidera una posición cuestionable en cuanto a impugnar el ámbito de competencia de la Corte IDH con argumentos relativos a la soberanía y la democracia. Según GARCÍA FALCONÍ esto se dio en razón de un caso en

el cual el presidente mismo estuvo involucrado y demandó al diario *El Universo*. En este proceso hay evidencia de la manipulación que hubo de la administración de justicia: el proceso duró cuatro meses —con recurso de casación incluido—, y solo cuarenta y ocho horas luego de la sentencia la Corte IDH decretó una medida cautelar, lo que llevó al presidente de Ecuador a plantear la necesidad de reestructurar el sistema interamericano.

En el sistema ecuatoriano, explicó críticamente GARCÍA FALCONÍ, hay una norma que establece la jerarquía infraconstitucional de los tratados internacionales,⁴³ lo cual implica indefensión ante violaciones de derechos humanos. El sistema judicial es aplicador de decisiones del gobierno, se lamentó.

En cuanto a la influencia concreta de la Corte IDH, consideró que en Ecuador no se ha logrado nada más que indemnizaciones, pese a que en 10 de las 13 sentencias contra el Estado se había ordenado investigación, procesamiento y condena. No hay ni una sola investigación iniciada. Sí se estableció una Comisión de Verdad, en la que se probaron 181 casos, de los cuales se procesó uno solo. En este gobierno, finalizó GARCÍA FALCONÍ, empezarían a producirse los mismos casos que hubo en aquella época. El único en que el Estado “casi” se allanó (*Sarayacu*),⁴⁴ la violación de derechos humanos que ocasionó la denuncia había sido de un gobierno anterior.

VIII.b. Discusión

SANTALLA VARGAS cuestionó que en la exposición del Ecuador se comentara normativa boliviana y dijo que el artículo 410 CBol no debería entenderse como una contradicción, ya que se recoge el bloque de constitucionalidad. La jerarquía que establece dicho artículo tiene que interpretarse de manera compatible con los otros articulados, en el sentido de que los tratados vinculantes de derechos humanos pueden guiar la interpretación de preceptos constitucionales, es decir, diferenciando el tipo de tratado.

⁴³ García Falconí se refería al art. 163 de la Constitución Política de la República del Ecuador: “Las normas contenidas en los Tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*, sentencia del 27 de junio de 2012.

PARRA, con respecto a casos de hábeas corpus, señaló que hay algunos precedentes. La Corte IDH procura emitir comunicados cuando hay avances en la implementación. En *Mejía*,⁴⁵ por ejemplo, la Corte IDH cerró el caso considerándolo cumplido, y señaló que hay que evaluar las condiciones de cumplimiento e incumplimiento en cada uno. A esto GARCÍA FALCONÍ respondió que en todos los casos en que se exigían efectos penales no había habido reacción.

Ante la consulta de Ambos, GARCÍA FALCONÍ señaló que no hay ninguna decisión que diga si es o no obligatoria la jurisprudencia de la Corte IDH. MALARINO preguntó en este sentido a García Falconí si él consideraría que debe prevalecer la jurisprudencia de la Corte IDH, teniendo en cuenta que el derecho positivo ecuatoriano dice lo contrario. ¿Cuál sería el fundamento para decir que la Corte IDH tiene supremacía? GARCÍA FALCONÍ consideró que desde una lectura llana es cierto que no hay motivo de discusión, pero que por eso entiende que es necesaria una interpretación sistémica, porque los tratados de derechos humanos merecen jerarquía diferente; de otro modo, no tendrían sentido. Debe repensarse el concepto de soberanía. A través del ejercicio de democracia directa no se pueden violar derechos fundamentales, por lo que entendió que el aceptar ordenamientos y jurisdicción supranacionales es un avance para el Estado. La suscripción de la CADH implica tomarla para desarrollar los derechos fundamentales. El problema radica en la falta de mecanismos para obligar a los Estados a cumplir las decisiones, y no en discutir si estas son vinculantes o no.

Esto significa entonces, señaló MALARINO, que *cualquier* estándar mejor debería ser aplicado. GARCÍA FALCONÍ se manifestó en desacuerdo con esta idea: no cualquier estándar, sino los basados en la convencionalidad, lo que implica que los Estados se hayan obligado *hacia dentro* de la CADH con los otros Estados miembros. Cuando se acordó ese sistema nació la legitimidad para pretender que todo mejore en la protección de los derechos humanos, concluyó.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 5 de julio de 2011.

IX. INFORME PARAGUAY

IX.a. Informe a cargo de César Alfonso

ALFONSO indicó que en Paraguay rigen las disposiciones de la CADH y se reconoce la competencia contenciosa. En 2009 el Poder Ejecutivo creó una Comisión Interinstitucional Ejecutiva para allanar las disposiciones del órgano interamericano.⁴⁶ Se dijo que era necesario contar con un órgano así, porque Paraguay tomó la decisión de ratificar la Convención. Se admite de este modo la obligación de cumplir con las recomendaciones de la Com IDH y con las decisiones interpretativas de la Corte IDH. Sin embargo, si se observa el decreto, esto no es tan claro, ya que de acuerdo a la motivación del decreto parece asumirse la obligación de cumplir con las recomendaciones de la Com IDH y de las decisiones interpretativas de la Corte IDH, mientras que el análisis de sus “disposiciones” no conduce a esta conclusión.

Los tratados y la Convención tienen rango infraconstitucional, pero supralegal. En lo relativo a la influencia de las decisiones de los órganos en el ámbito interno, señaló ALFONSO, vale distinguir las recomendaciones de la Com IDH y las decisiones de la Corte IDH. Paraguay no ha ejercido su facultad de realizar consultas. En el informe los comentarios fueron clasificados de acuerdo a si un eventual cumplimiento implicaría modificación legal, o tendría efecto judicial, u otros.

Con relación a la legislación, escogió una recomendación de la Com IDH de adecuar legislativamente los hechos punibles contra el honor de las personas en el CP paraguayo, concretamente calumnias, difamación e injurias.⁴⁷ La ley prevé eximición de pena cuando los dichos sean dirigidos a una persona allegada en contexto de familiaridad, siempre que se trate de crítica aceptable, y la Com IDH solicitó que se incluya también para los casos de calumnia la eximición por defensa de intereses públicos. La eximición de pena no se aplica a la calumnia. En un plano objetivo debe haber una afirmación falsa; en cuanto al plano subjetivo debe haber dolo directo de segundo grado en cuanto a la falsedad. ALFONSO señaló que de acuerdo a la crítica de la Com IDH el tipo penal de difamación no está redactado en

⁴⁶ Creada por el Poder Ejecutivo el 26 de febrero de 2009.

⁴⁷ Alfonso se refería al informe 27/02, alegatos de la Com IDH, en Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto de 2004 (§ 10, 72).

forma clara: la ponderación implica que finalmente el intérprete no puede saber cuándo se aplica la eximente. Por otra parte, hay exclusión de todo tipo de valoración de los intereses que se contraponen, así como de la necesidad y proporcionalidad de la afirmación para la defensa del interés.

Según Alfonso, esto implica una desprotección de la persona pública. Se hace una inversión de la carga de la prueba. La verdad o falsedad de la afirmación no es relevante en general; solo cuando se pretende aplicar la eximición de la pena el acusador debe demostrar lo dicho, es decir que también debería demostrar que la afirmación es falsa. De acuerdo a la lógica de la regulación, el autor es el que asume el riesgo de que se pueda probar o no la verdad de lo que afirma. El acusador, en cambio, podría ahorrar esfuerzos.

Una de las fuentes de esta figura es el § 186 StGB (Strafgesetzbuch, Código Penal alemán), y con respecto a esta norma y la inversión de la carga de la prueba se ha dicho que no hay tal, ya que según el § 244.2 StPO (Strafprozessordnung, Código Procesal Penal alemán) el juez debe esclarecer de oficio el hecho. En Paraguay no existe una facultad semejante, explicó ALFONSO, sino que solo en términos generales se dice que el juez debe buscar la verdad de los hechos y se permite realizar pruebas de mejor proveer, si bien se destaca que el juez no debe sustituir la actividad probatoria de las partes. Esta recomendación de la Com IDH hasta el momento no ha sido cumplida. En la reforma de 2007 ni siquiera se mencionó.

Sí se modificó recientemente la legislación de los delitos de DFP y tortura en el CP paraguayo, con motivo de una disposición de la Corte IDH en el caso *Goiburú*.⁴⁸ La crítica general en este contexto era que la regulación paraguaya era menos comprensiva que la legislación general, por lo que hubo una reforma en que se sustituyó el texto anterior por uno prácticamente idéntico al de las respectivas convenciones. Alfonso consideró que, como se reprodujeron esos textos, la Corte IDH dará por cumplida la medida.

También se modificó la ley respecto del servicio militar obligatorio y la incorporación de menores de 18 años a las filas del ejército.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 22 de septiembre de 2006.

Sobre casos judiciales, en segundo lugar, ALFONSO comentó la recomendación de la Com IDH sobre hechos punibles contra el honor.⁴⁹ La Corte Suprema (CS), en el marco de un recurso de revisión, absolvió a la persona que había recurrido, y tomó para ello parte de los argumentos de la Com IDH, ya que lo que la persona había afirmado tenía interés público. La CS dijo que no se le podía exigir al acusado que él se encargara de probar ese extremo.

En otro caso, *Vargas Areco*,⁵⁰ la Corte IDH ordenó una investigación diligente para esclarecer la muerte de un menor —baleado por la espalda—. Esto fue luego de concluirse un procedimiento iniciado por homicidio y tortura en que resultaron procesadas dos personas por privación de la libertad y homicidio culposo. Después de la sentencia de la Corte IDH, el Ministerio Público abrió una investigación y se evalúa la posibilidad de individualizar a otros participantes, aunque ya no se puede incluir a las personas antes procesadas.

Con respecto a otros efectos (no legislativos ni judiciales), ALFONSO mencionó la modificación de los programas de formación de las fuerzas de seguridad (policía y fuerzas armadas), en los cuales se incluyó Derechos Humanos como materia permanente, con lo que se dio por cumplida la sentencia respectiva.

IX.b. Discusión

ZILLI señaló que muchas cuestiones de las discutidas parecen estar relacionadas con la tipificación, y acorde con el informe preliminar de Alfonso pareciera que esta no atiende los estándares internacionales. Resaltó el interés de la discusión al respecto, ya que recordó que en el Encuentro de Bruselas⁵¹ MALARINO se había mostrado indignado respecto de la obligación de tipificar impuesta a veces por la Corte IDH, y se preguntó en aquella ocasión si la Corte IDH tiene competencia o legitimidad para imponer la obligación de tipificar determinadas conductas. ZILLI consideró que desde la perspectiva de los derechos humanos la tipificación está relacionada con la idea de protección, por lo que

⁴⁹ Véase *supra*, nota 47.

⁵⁰ Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

⁵¹ Zilli se refería al IX Encuentro del Grupo de Estudios en Derecho Penal Internacional, que tuvo lugar en Bruselas del 28 de noviembre al 4 de diciembre de 2010 (información sobre el Encuentro disponible en la página del Grupo, véase *supra*, nota 1).

parece razonable que la Corte IDH diga que algunas conductas deben ser tipificadas; lo que puede ser excesivo, sin embargo, es que diga cómo hay que tipificar. Se preguntó en este contexto cómo funciona en el sistema de protección de derechos humanos en Europa.

MALARINO especificó la inquietud mencionada por ZILLI y dijo que a su entender el punto central es cómo la Corte IDH puede evaluar los requisitos de proporcionalidad en sentido amplio, especialmente en el nivel de la necesidad, entendidos todos los requisitos a nivel legislativo, en el sentido de necesidad y no solo de adecuación. Se preguntó si la Corte IDH tiene la capacidad epistémica para comprender adecuadamente los problemas sociales existentes en los Estados, ya que la sanción de un nuevo tipo penal requiere del conocimiento amplio sobre las necesidades sociales que permita evaluar si en un contexto determinado la medida penal es necesaria para la protección de un bien jurídico. Esto es muy complicado y constituye un debate propio de la teoría de la legislación, indicó. Sobre esto ALFONSO aclaró que en el informe preliminar no realizó un análisis de proporcionalidad, sino solo una descripción de los problemas que surgieron. El nuevo tipo penal no fue redactado solo por pedido de la Corte IDH, sino que hay sectores interesados en ello, agregó. Propuso realizar el estudio de proporcionalidad para el informe final, previendo que el resultado sería que tal modificación no es necesaria.

EIROA resaltó como interesante la creación de la Comisión Interinstitucional Ejecutiva mencionada en las primeras páginas del informe preliminar, y se preguntó por qué hacia el final se dice que esta comisión tiene aspectos estructurales que atentan contra su eficiencia. ¿Cuáles son esos aspectos? A esto ALFONSO respondió que tal vez la expresión que había usado no era adecuada. Quería hacer referencia a que la Comisión está integrada por todos los ministros del Poder Ejecutivo, por lo que es prácticamente imposible conseguir una reunión conjunta. Además, indicó, no se consideró la participación de miembros de otros poderes, ni del Legislativo ni del Judicial. Sí está prevista la presencia del procurador general, aclaró.

En relación con el caso del joven muerto por la espalda, GIL GIL señaló que resulta paradójico que la mayoría de las condenas del TEDH contra España (cuatro en seis meses en el último año) corresponden a casos en que el tribunal de

casación cambió la calificación de los hechos para afirmar dolo, y el TEDH tuvo que intervenir porque la calificación se modificó en casación sin oír al reo. ¿Es lo mismo que hace ahora la Corte IDH, que afirma que es dolo? SIJNIENSKY aclaró que el Tribunal consideró que “la investigación de la ejecución extrajudicial de Gerardo Vargas Areco, así como de su supuesta tortura, no se llevó a cabo de manera eficaz y completa”, por lo que ordenó al Estado “emprender, con plena observancia de las garantías judiciales y en un plazo razonable, [...] las acciones necesarias para identificar, juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas”.⁵² Sobre la tipificación, SIJNIENSKY comentó dos supuestos: por un lado, aquellas conductas cuya tipificación es requerida por instrumentos internacionales, tipificación que debe cumplir con los elementos mínimos dados por el derecho internacional; por otro lado, otras conductas, respecto de las cuales los Estados pueden determinar a través de un juicio de proporcionalidad si el empleo de la vía penal es idóneo, necesario y proporcional para salvaguardar el bien jurídico que se busca proteger.

AMBOS intervino sobre este punto dando como ejemplo la Convención contra la Tortura⁵³ y la obligación de tipificar el delito de tortura. Alemania no lo hizo porque considera que no necesita un delito de tortura si existen los tipos de lesiones con consecuencia de muerte y lesiones graves, que cubren la conducta. Es un tema de política criminal. La cuestión general es entonces, se preguntó AMBOS: ¿puede una corte internacional obligar a un Estado a tipificar, intervenir en el *ius puniendi* del Estado, entrar en lo más interno de ese Estado? Evidentemente el TEDH es menos intervencionista, se rige por el *restraint*,⁵⁴ ya que no es un tribunal de casación. Para cada Estado la cuestión es diferente. Es difícil aceptar que una corte internacional ordene qué debo hacer si tengo una sociedad desarrollada, con parlamento y confío en lo que el parlamento hace. Puede ser que la intervención sea necesaria en algunos casos, porque no todos los Estados son iguales. Pero esto

⁵² Corte IDH, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, § 87 y punto resolutivo noveno.

⁵³ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984 (res. 39/46) y entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

⁵⁴ Ambos se refería a la teoría del *judicial restraint* (limitación judicial), que postula una intervención judicial mínima.

lleva a otro tema: ¿cómo surge una Convención? Recordó que él mismo participó en las negociaciones del ER, y que claramente hay siempre compromisos políticos. El ER es un mensaje al mundo, pero es técnicamente imperfecto. No se puede copiar, afirmó. Es en definitiva una decisión del Estado el cómo va a implementar esa obligación.

MALARINO agregó que vale la pena pensar estas cuestiones en tratados con vocación universal (como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]). Si bien el deber de implementar una regla determinada es igual para todos los Estados partes del tratado, la implementación en cada Estado va a tener que adecuarse a las especialidades de su orden jurídico. Las cláusulas de estos tratados —pensadas más como intenciones políticas que como normas técnicas— son necesariamente generales y poco precisas porque se dirigen a Estados con ordenamientos y sistemas jurídicos muy diferentes; por ello, no siempre van a poder implementarse de la misma manera en todos los Estados. Estos tratados buscan más una armonización, que una unificación jurídica.

SIJNIENSKY consideró que si un Estado ha ratificado un tratado internacional que establece la tipificación de determinada conducta, no puede haber decisión interna sobre si esto se cumple o no, pues se convierte en una obligación internacional. En caso de que la tipificación no responda a los elementos mínimos, existen tribunales y órganos internacionales de supervisión —como, por ejemplo, comités de la ONU— que emitirán oportunamente sus pronunciamientos y recomendaciones al respecto. A esto AMBOS señaló, confirmando su postura, que tales órganos son precisamente políticos.

APONTE dijo que, según estableció la Sala Penal de la Corte Constitucional, cuando el órgano legislativo de un Estado se demora en implementar un tratado que ya ha incorporado, está violando sus obligaciones internacionales, por lo que se pueden aplicar retroactivamente las figuras por haber incumplido con la obligación. Muchas veces es difícil hacer entender, explicó, que el que no se tipifique enseguida no significa que se esté incumpliendo con las obligaciones. Respecto del caso colombiano, ejemplificó APONTE, conoce demandas de representantes que hablan de impunidad del sistema interamericano porque se investigaron y sancionaron hechos de acuerdo a la normativa de su momento, que no se corresponde con lo que hoy se considera sobre ese delito. Ante esto la Sala

Penal de la Corte Constitucional dice inmediatamente que debe aplicarse en forma retroactiva la normativa que existe hoy. Y esto sucede a pesar de que, en realidad, no está habiendo ningún incumplimiento por parte del Estado.

SANTALLA VARGAS se preguntó sobre el alcance del cumplimiento: ¿qué es lo que aceptan los Estados al hacerse parte de un instrumento internacional? Bolivia, por ejemplo, como parte de la Convención contra la Tortura, que contempla como obligación explícita la tipificación con requisitos explícitos, no puede plantearse si hay que cumplir o no. Ante esta cuestión, AMBOS preguntó si acaso está bien cuando se tipifica pero se sigue torturando, lo cual SANTALLA VARGAS consideró que es una cuestión diferente. Con respecto a la tipificación en concreto, dijo que para ciertos Estados de la región, Bolivia entre ellos, la posibilidad de que el sistema interamericano pueda obligar al Estado a tipificar determinado crimen es positiva, porque de otra manera la tipificación no ocurriría. Por supuesto, la tipificación no implica que el delito no se cometa, pero, reiteró, esa es una cuestión diferente. El Estado puede presentar reserva sobre algunos aspectos, pero si se compromete a tipificar, es una obligación internacional.

Otra cuestión es cómo lo hace, continuó SANTALLA VARGAS; eso es cuestión de discrecionalidad, pero incluso ahí hay ciertos lineamientos o parámetros que deben seguir todos los Estados. Hay parámetros del DPI. En el caso de Bolivia, si se tipificase únicamente desde el punto de vista de la Convención contra la Tortura se dejarían de lado aspectos importantes (el carácter de lesa humanidad, por ejemplo), indicó. Hay Estados que requieren esto. Esa es la idea del sistema; de lo contrario, ¿para qué tener una Corte Interamericana?

MALARINO dijo que es claro que hay una obligación; sin embargo, ¿qué pasa cuando un legislador decide tener una figura penal que, aunque con otra denominación, sanciona los mismos hechos? Consideró que la pregunta central es determinar qué libertad tiene un Estado para cambiar la tipificación. Podría ser que no haya impunidad porque los hechos están cubiertos de todas maneras. ¿Debe tipificarse el hecho de alguna manera o deben ingresarse tipificaciones específicas que rompen tal vez con mi propio sistema? A esto SANTALLA VARGAS respondió que si se tipifica la DFP, por ejemplo, como lo dice la Convención sobre

Desaparición Forzada de Personas,⁵⁵ eso sería distinto al ER. La Corte IDH podría sugerir que la tipificación se rigiera por los instrumentos internacionales. ZILLI compartió la visión de MALARINO en cuanto a que no puede obligarse, pero encontró que hablar de *obligación* no es suficiente. Si existe la obligación y la Corte IDH obliga a adherir a la Convención, debe hacerse.

CARLOS CARO (Perú) indicó que este es un problema que excede la discusión respecto de los delitos tratados en la reunión del Grupo, en general de lesa humanidad. También el lavado de activos, por ejemplo, está en esta situación. Nadie discute la forma en que los Estados lo tipifican, sino si lo tipifican. Unos lo hacen de una manera, otros de otra. Finalmente los órganos que controlan no se fijan en el *nomis iuris* ni en la pena, sino en que la conducta esté tipificada, y de acuerdo a ello se decide el cumplimiento o no. El enfoque, por lo tanto, debería ser más amplio. En Perú, por ejemplo, el delito de secuestro tiene una pena más elevada que la DFP, la prueba es menos exigente y la condena más severa. La tipificación, en definitiva, no asegura nada, concluyó.

EIROA compartió la idea de MALARINO en cuanto a que la denominación podría ser mero simbolismo. Sin embargo, no lo es tanto si se tiene presente que hay consecuencias que se derivan de esa denominación. Si algo se denomina *DFP*, por ejemplo, puede ser imprescriptible, así como si se dan lineamientos sobre tortura, caso en el cual el crimen no prescribe salvo que se haya llevado a cabo una investigación diligente. Es decir, la denominación tiene consecuencias procesales. Aclaró este punto MALARINO diciendo que a su entender el simbolismo no está en el nombre en sí, sino que debe plantearse si las legislaciones nacionales pueden usar distintos nombres para distintos delitos, y que a partir de allí se derive una imprescriptibilidad, por ejemplo. Lo que los tribunales internacionales propugnan es que determinados hechos no se cometan. Cómo cada Estado lleva a cabo ese mandato no es lo que importa, sino lo que efectivamente se hace o no se hace.

PARRA destacó dos aspectos al respecto. En primer lugar, que ha habido una evolución en la jurisprudencia de la Corte IDH que cada vez más toma en cuenta y dialoga con mayor exhaustividad con las decisiones nacionales, en el sentido planteado por MALARINO. Los Estados están intentando afrontar los problemas con

⁵⁵ Véase *supra*, nota 42.

respecto a la impunidad, por lo que hay que seguir con cuidado la jurisprudencia sobre tipificación. La Corte IDH dice que si se lleva adelante una investigación respetuosa y protectora de los derechos humanos no hay problema. En cuanto al debate sobre la DFP, la Corte IDH dijo que se debe evaluar si se tiene en cuenta el carácter pluriofensivo, para ver si el ordenamiento en cuestión está en condiciones de investigar acorde con ello. Con respecto a los comentarios de Caro y Malarino, en relación también con el caso contra Argentina por la venta de niños, *Fornerón*,⁵⁶ se trata en realidad de armonizar las obligaciones internacionales con la mejor protección: cualquier medida que sea necesaria para la prevención de la venta de niños. La Corte IDH, agregó PARRA, ha insistido en que la sanción penal es una de las medidas idóneas para prevenir la venta de niños, pero no exigió tipificación específica. Lo que se preguntó es si estos problemas epistémicos no los enfrenta también un poder legislativo interno; ¿no es más un problema argumentativo que epistémico? Si la Corte IDH logra una visión lo más idónea posible para salvaguardar los esquemas normativos y empíricos, ¿no es suficiente?

MALARINO preguntó a su vez, en respuesta, en qué medida un tribunal como la Corte IDH tiene expertos con conocimiento profundo de cada uno de los ordenamientos jurídicos (requisito básico en teoría de la legislación). Tal vez la Corte IDH tendría que estar integrada de manera diferente, dado que la cuestión reside en si realmente un tribunal regional tiene la capacidad jurídica, el conocimiento preciso de cada ordenamiento para prever el impacto de esa legislación en el ámbito interno. Por ejemplo, la forma en que se pueda sancionar la DFP dependerá de qué concepción tiene cada Estado sobre el *nemo tenetur*. Otro tema, señaló, es la falta de legitimidad democrática de la Corte IDH. El que en el orden interno haya deficiencias no es una excusa válida.

STEINER entendió que esto volvía la discusión al contexto político tratado el día anterior. Aunque a los abogados no les agrada, dijo, no podemos evitar pensar en el contexto político. ¿Por qué la Corte IDH está teniendo una posición de activismo judicial —dicho esto sin valoración negativa—? No estamos en Alemania, ni en España, ni en Italia. Hay un catálogo de derechos en las Constituciones

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 27 de abril de 2012.

latinoamericanas, pero en todo este tiempo ha pasado muy poco con todo este desarrollo. Si la Corte IDH dijese que los Estados son soberanos y no se ocupase, no habría cambios. Este es el contexto político en el que todo está sucediendo, afirmó. La idea es activar las funciones estatales para que los mecanismos nacionales cumplan; de esa manera los casos no llegarían a la Corte IDH.

En Europa son casos puntuales, no se insiste en revisar los órdenes nacionales. La Corte IDH no tiene toda la competencia que podrían tener los Estados, pero no la tiene porque los Estados suscriben pero no avanzan mucho más allá de eso, indicó. ¿Quién financia la Corte IDH? La mitad es financiada por Estados externos y la otra mitad por la OEA. Entendió que no es adecuado criticar a la Corte IDH por falta de *know how* y a la vez no cumplir al no darle suficiente financiación. Reclamó que sería interesante criticar a todos los actores responsables, y no únicamente a aquellos que precisamente están cumpliendo su tarea. ZILLI, sobre esto, manifestó que le preocupa un poco el que se justifiquen los medios con miras a los fines. La Corte IDH tiene que ser cauta en cuanto a qué entender por democracia. De lo contrario, su discurso puede fomentar arbitrariedad. La Corte IDH debe tener criterios para fomentar democracia y libertad sin caer en arbitrariedad.

MARÍA LAURA BÖHM (Alemania-Argentina), con respecto a la comparación del ámbito europeo con el ámbito latinoamericano, señaló que es importante la diferencia de contexto político en que tienen lugar las actividades, las sentencias de las cortes regionales y las expectativas de los Estados en uno y otro ámbito. Mientras que el TEDH trata respecto de los Estados de Europa occidental básicamente solo casos puntuales, actuales, referidos a violaciones de derechos procesales o relacionados con la intimidad o la información, es decir, casos que no se refieren a la estructura misma o a actividades sistemáticas del Estado, la Corte IDH viene resolviendo mayoritariamente casos de violaciones sistemáticas de derechos humanos ocurridas en el pasado, durante gobiernos con absoluta ausencia de Estado de derecho. Esta diferencia, consideró, puede explicar, al menos parcialmente, la diferente actuación de una y otra corte regional. En los casos del TEDH relacionados con países europeos con un Estado de derecho menos consolidado, como Rusia y Turquía, donde se trata también de violaciones casi sistemáticas a derechos fundamentales como la vida o la libertad, el TEDH también ha mostrado —en línea similar a la que se critica a la Corte IDH— un mayor

activismo e intervención hacia el orden interno del Estado al dictar sus sentencias, lo cual vendría a confirmar que el contexto político es un factor determinante que no puede subestimarse al evaluar la actuación de los tribunales regionales. BÖHM recordó, finalmente, que este tema, ya desarrollado en un informe anterior,⁵⁷ fue tratado con la jueza Sylvia Steiner, de la CPI, en la visita que el Grupo hizo a La Haya en el año 2010,⁵⁸ y que la propia jueza había calificado de más “sofisticados” los derechos fundamentales lesionados por los Estados europeos, lo que explicaría la menor necesidad de audacia en las decisiones del TEDH.

MARTÍNEZ VENTURA destacó que en nuestros países hay vacíos en el Estado de derecho y es por eso que estas decisiones “sacuden”. Hay que ver el lado positivo, sugirió: se pide a los gobiernos que hagan lo que no hacen pero deberían hacer. El problema se presenta cuando no cumplen. Habría una última esperanza de justicia en un tribunal regional, y ni eso se cumple. Con el enorme caudal de conocimiento que reúne este grupo, se preguntó, ¿no se podría construir una teoría que trate de cuestionar al derecho penal clásico que no abarcó estas situaciones? Eso sería más productivo que tratar de poner trabas a una corte regional que trata de proteger a aquellos que normalmente no están protegidos. Lo que puede ser considerado por unos como una conducta invasiva es a veces el desempeño de un rol de complementariedad.

X. INFORME EL SALVADOR

X.a. Informe a cargo de Jaime Martínez Ventura

MARTÍNEZ VENTURA explicó que El Salvador tiene disposiciones expresas: la Constitución de la República (CR) establece la jerarquía suprallegal de los tratados internacionales. El artículo 144 CR estipula que los tratados constituyen un orden superior. Sin embargo, la misma CR dice que lo establecido en un tratado no puede

⁵⁷ La referencia era al texto de Kai Ambos y María Laura Böhm, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (comps.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Universidad de Göttingen, 2011, pp. 43-69 (disponible *online*, véase *supra*, nota 1).

⁵⁸ Visita realizada en el marco del XI Encuentro del Grupo (véase *supra*, nota 51).

estar por encima de la CR. Esto es llamativo, consideró MARTÍNEZ VENTURA, casi una contradicción. Es una especie de doble resguardo. La CADH fue ratificada por El Salvador en 1978 y desde junio de 1978 está en vigencia, lo cual coincide con los años previos a la guerra civil. Luego tuvo lugar el conflicto abierto, entre 1981 y 1992. Todo ese fue el período en que más se violaron los derechos humanos en el país. El Estado ratificó la CADH, pero para que fuera competente se reservó el reconocimiento explícito de la competencia contenciosa. Hasta ahora no ha habido casos de incompatibilidad.

La CADH no solo no fue aplicada sino que fue violada diariamente, manifestó. Explicó que realizó su estudio sobre la jurisprudencia en el ámbito constitucional, contencioso administrativo y penal, examinando las sentencias de los últimos diez años para detectar el grado de relevancia de la CADH. Recién en el 2002, afirmó, empezó a haber aplicaciones de pautas de la Corte IDH: sobre el derecho de informar sobre motivos de la detención, sobre la debida aplicación del *ne bis in idem* y sobre el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, entre otros.

MARTÍNEZ VENTURA mencionó que no hay norma expresa que ordene el cumplimiento de las recomendaciones. Por otro lado, en 1995 El Salvador reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH. En cuanto a los efectos de las decisiones, solo hay tres sentencias contra El Salvador:⁵⁹ dos relativas a DFP de niños y niñas (*Hermanas Serrano Cruz*⁶⁰ y *Contreras*⁶¹) y una causa sobre ejecuciones sumarias (*García Prieto*⁶²).

En cuanto a los efectos en la legislación, no ha habido efecto directamente derivado de sentencias, explicó. Lo que sí pudo comprobar es incumplimiento de las sentencias que ordenan a El Salvador tomar medidas de carácter legislativo para poder investigar y sancionar determinados hechos. En el caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, la Corte IDH se refirió a la adecuación del tipo penal de la

⁵⁹ Luego del Encuentro del Grupo en Bogotá recayó una cuarta sentencia contra El Salvador: Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 25 de octubre de 2012.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 1 de marzo de 2005.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto de 2011.

⁶² Corte IDH, *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 20 de noviembre de 2007.

DFP. En el momento de los hechos no estaba tipificado el delito, pero desde 1999 sí está previsto como crimen contra la humanidad. La Corte IDH dijo que de todas formas esta tipificación no es suficiente, ni en los elementos ni en la pena, por lo que, aunque haya habido reforma legislativa, El Salvador todavía no ha cumplido. La Corte IDH recomendó (en realidad es una disposición dentro de las medidas reparatorias) que se adecue la figura y que se suscriba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, lo cual todavía no ha sucedido.

Respecto de las investigaciones que están pendientes, no se ha planteado explícitamente que haya obstáculos jurídicos (como podría serlo la Ley de Amnistía que hubo en El Salvador o la prescripción). Simplemente ha habido inmovilidad. A consecuencia de una decisión de un tribunal de primera instancia, la Fiscalía pidió al presidente y este al Ministerio de Defensa que se aportara un listado de las personas que estuvieron en servicio en ese tiempo y lugar, a fin de avanzar en las investigaciones. Eso todavía no se ha hecho.

Respecto de los casos judiciales, ninguno está concluido. En el caso *Contreras* el Estado tuvo una conducta diferente: hubo allanamiento de los hechos respecto de la falta de protección judicial y de la DFP.

Otro aspecto importante, indicó MARTÍNEZ VENTURA, es lo sucedido cuando se pidió a El Salvador que garantizara el acceso a los informes que dan cuenta de estos hechos. En mayo de 2011 entró en vigencia la Ley de Acceso a la Información Pública,⁶³ la cual, en palabras de la Corte IDH, “permitirá un mecanismo interno de acceso a la información relacionada a actividades gubernamentales presuntamente vinculadas a la desaparición de niños y niñas durante el conflicto armado interno”.

Sobre los parámetros de cumplimiento de *Contreras*, el caso es relativamente reciente como para pronunciarse (agosto de 2011), por lo que el Estado todavía puede cumplir con estas recomendaciones. En el caso *García Prieto* se ordenó que el Estado movilizara todo lo necesario para cumplir con las disposiciones de la Corte IDH.

⁶³ Decreto legislativo 534, publicado en el *Diario Oficial* n.º 70, tomo 391, del 8 de abril de 2011.

En cuanto a otros efectos, lo más sobresaliente es que se organizó una nueva Comisión de Búsqueda.⁶⁴ Según la Corte IDH, la anterior no cumplía con estándares internacionales. Con la nueva Comisión la obligación se dio por cumplida. Sobre la creación de un sistema de información genética, la organización Pro-Búsqueda tiene perfiles de información genética y ya cuenta con resultados positivos, como el caso reciente del reencuentro de Cristian Contreras con su madre y su hermana, que habían sido víctimas de este caso.⁶⁵ Es necesario que esto se convierta en medida estatal, dijo.

MARTÍNEZ VENTURA finalizó informando que no ha habido opiniones consultivas ni ha habido efecto de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la legislación salvadoreña. Solo en casos concretos hay medidas precautorias en cuanto a recomendaciones de la Com IDH. Tampoco se han sentado criterios jurisprudenciales relativos al seguimiento de la jurisprudencia del sistema regional. En cuanto a obstáculos para su aplicación, para algunos sí existen (prescripción, amnistía), mientras que otros se allanan a lo que la Corte IDH interpreta.

X.b. Discusión

EIROA consultó sobre el *ne bis in idem* mencionado en el informe preliminar. La Corte IDH habría exigido la debida aplicación del principio, pero ¿qué entiende la Corte IDH por “debida”?

MALARINO, refiriéndose a la sentencia *Hermanas Serrano Cruz*, se preguntó cómo puede la Corte IDH establecer certeramente si un Estado cumplió su deber de implementar penas proporcionales a la gravedad del delito cuando no hay parámetros ciertos en el derecho internacional de los derechos humanos ni en el derecho penal internacional sobre la pena en caso de crímenes internacionales. Recordó que en materia de penas existen diferencias enormes entre los distintos

⁶⁴ Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno, creada por decreto ejecutivo n.º 5, del 9 de abril de 2010, publicado en el *Diario Oficial* n.º 75, del 26 de mayo de 2009.

⁶⁵ La referencia de Martínez Ventura era a la Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos, en cuya página web se informa sobre el caso del reencuentro en la familia Contreras. Véase al respecto <<http://probusqueda.org.sv/2012/08/09/%C2%A130-anos-despues-serapio-cristian-contreras-es-reencontrado-con-su-familia-biologica/>>.

ordenamientos, y muchas veces lo que en un país es desproporcionado, es proporcionado en otro.

GUZMÁN DALBORA, dirigiéndose a Steiner, dijo que coincidía con él en cuanto a que no es justo ser tan severo con la Corte IDH, incluso tomando en consideración excesos que habría tenido en fallos penales. Sobre todo con referencia al Estado de Chile, sin embargo, realizó una observación sobre las modificaciones legales exigidas por la Corte IDH. Mientras que los fallos que se refieren a crímenes internacionales son fallos que los Estados deben obedecer y en los cuales hay un consenso bastante logrado, existen otras materias, no penales, que se refieren a otros derechos fundamentales, en las que la Corte IDH a veces no toma en cuenta las peculiaridades de cada pueblo. Está el caso de una colega discriminada por la Corte Suprema de Chile por ser homosexual. Si se piensa lo que dice la sociedad chilena, el sesenta por ciento o más estará de acuerdo con la Corte Suprema. No puede forzarse a un pueblo y decirle “qué pensar”. Los plazos, como dato cultural no político, también deben tenerse en cuenta.

BÖHM realizó una consulta y, en su caso, recomendación de tipo metodológico con respecto al período considerado en el informe. Si bien se dijo que se han evaluado sentencias de los últimos diez años, por otro lado se sostiene que recién en el año 2002 los tribunales comenzaron a hacer referencia a la CADH y a la jurisprudencia regional. Si solo se estudiaron los últimos diez años, esto es, 2002-2012, es difícil saber si realmente recién en el año 2002 comenzaron las referencias al sistema regional, lo cual parece bastante tardío (tal vez comenzaron antes pero no fueron estudiadas). O bien se amplía el período de estudio, sugirió, o bien no se dice que las consideraciones al sistema regional se iniciaron recién en el 2002.

SIJNIENSKY consultó a Martínez Ventura acerca de si según su conocimiento de la realidad salvadoreña él podría identificar las causas por las que no existen avances en las investigaciones ordenadas por la Corte IDH, dado que en algunos casos no hay obstáculos procesales.

PARRA resaltó que en cada caso surge una controversia distinta entre las partes, aun cuando se trate de similares temas. En ocasiones, los cambios de gobierno o las diferencias entre ONG que litigan temas similares generan que frente a un mismo tema se planteen alegatos muy distintos. Lo que hace la Corte es resolver la

controversia específica que le plantean las partes. Por otro lado, en algunos casos la misma Corte IDH ha solicitado alegatos específicos de las partes en relación con el derecho comparado. Se han valorado experiencias de derecho comparado en diversos temas, lo que demuestra una evolución jurisprudencial hacia un mayor diálogo con los ordenamientos jurídicos internos. Indicó PARRA que algunas intervenciones previas introducen dos temas muy importantes y debatidos en relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana: el debate sobre el margen de apreciación y el debate sobre el juicio de proporcionalidad.

Respecto al margen de apreciación, en opinión estrictamente personal de PARRA, es posible señalar que la Corte Interamericana, en casos como *Castañeda Gutman vs. México*,⁶⁶ implícitamente ha adoptado una idea de margen de apreciación al considerar que los Estados parte pueden diseñar distintos modelos de regulación del derecho a ser elegido, tomando en consideración el derecho comparado aplicable. Asimismo, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, al estudiar las garantías judiciales del artículo 8 de la CADH, en particular el derecho a recurrir la sentencia, la Corte IDH consideró que, si bien los Estados tienen un “margen de apreciación” para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.⁶⁷ En otros casos el nivel de deferencia hacia las determinaciones en el ámbito interno ha sido considerable y se ha reconocido que algunas autoridades locales pueden estar en mejor posición para efectuar ciertas determinaciones probatorias.⁶⁸ Lo que puede ser inaceptable, en opinión personal de PARRA, es aplicar el margen de apreciación para permitir que un determinado Estado discrimine o restrinja en forma desproporcionada los derechos a la vida privada y familiar, entre otros derechos. Para evaluar esto, la Corte ha tomado en cuenta la interpretación evolutiva del tratado.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, n.º 184, § 138 a 205.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, n.º 107, § 161.

⁶⁸ Véase el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, donde se respetó la determinación del alcance de la reparación pecuniaria desarrollada por el Consejo de Estado de Colombia: Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 26 de mayo de 2010, n.º 246.

En segundo lugar, respecto al juicio de proporcionalidad, la Corte ha formulado ciertas precisiones en algunos fallos. Respecto a la proporcionalidad de la pena, en el caso *Masacre de la Rochela*⁶⁹ se dijo que la proporcionalidad debe analizarse teniendo en cuenta la finalidad que se persigue y la idoneidad para lograr los resultados que se buscan con esa pena alternativa. En otros casos la Corte ha perfilado diversos elementos del análisis de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad. Diversos debates han surgido respecto a las diferencias y especificidades que tendría dicho juicio a nivel interamericano respecto a la evaluación que realiza un tribunal interno.

GALAIN PALERMO dijo que Uruguay se allanó; el Estado tiene una actitud pro Corte IDH. Destacó que es importante de reivindicar el rol de la Com IDH como filtro entre qué llega y qué no llega a la Corte IDH. El filtro político, sostuvo, es lo más grave que tiene el sistema.

ROCHA DE ASSIS MOURA consultó, respecto de los tres casos de El Salvador que no fueron cumplidos, si el incumplimiento se manifestaba más en la esfera del Legislativo o si radicaba en cambio en los ámbitos administrativo o judicial. ¿Dónde es más difícil la implementación de las sentencias?

MARTÍNEZ VENTURA respondió sobre la falta de adhesión al ER (tema tratado en el libro del Grupo discutido en México en 2005)⁷⁰ que El Salvador de a poco va avanzando hacia la suscripción. Hay, sin embargo, un obstáculo de carácter político, que reside en la existencia de poderes de facto asociados al poder militar. Dijo que no podía afirmar si es falta de adecuación legislativa, porque a la Asamblea no ha llegado una iniciativa de adecuación normativa. Tomar estas decisiones está en realidad en manos del Ejecutivo. La Fiscalía no esgrimió ningún argumento jurídico; lo que hubo fue retardo de los informes sobre las fuerzas armadas, por ejemplo, y sin esa información el Ministerio Público puede decir que el Ejecutivo no ha proporcionado la información necesaria. Consideró que, si bien

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 11 de mayo de 2007.

⁷⁰ Martínez Ventura hacía referencia al II Encuentro del Grupo que tuvo lugar en México en abril de 2005, con base en el cual se publicó luego el libro siguiente: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (comps.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005 (disponible *online*, véase *supra*, nota 1).

los principales obstáculos son políticos, estos pueden ser superados en el ámbito legislativo con una mayor iniciativa desde el ámbito ejecutivo/administrativo. Aclaró, sobre la pregunta de EIROA, que explicará en el informe definitivo que no hay ningún caso en que se haya dicho que no se avanza o no se reabre una investigación alegando el principio *ne bis in idem*.

XI. INFORME GUATEMALA

XI.a. Informe a cargo de Salvador Herencia

HERENCIA destacó tres aspectos del caso guatemalteco. En primer lugar, Guatemala fue encontrada responsable (sin condena) en quince casos. Es el tercer país con más casos, luego de Colombia y Perú. Solo uno de los quince casos no tiene que ver con DFP, ejecuciones extrajudiciales o tortura. Es decir, siempre tuvo que ver con graves violaciones de derechos humanos y/o crímenes internacionales. En segundo término, HERENCIA destacó que, a diferencia de otros países, sí hubo avances jurisprudenciales en Guatemala, aunque no dogmáticos. Es decir, Guatemala ha cumplido. El caso más relevante es el de la *Masacre de las dos Erres*.⁷¹ En tercer lugar, señaló que es prácticamente imposible tener acceso a las sentencias relativas a estos casos. Si bien existe una ley de acceso a información pública en relación con cuestiones de derechos humanos, las sentencias no se ponen a disposición. Solo se consiguió una sentencia. Esto ayuda a entender por qué a 17 años de suscritos los acuerdos de paz no hay ningún cambio comprobable que permita decir que ha habido avances positivos.

Recordó que Aponte dijo en su presentación que Colombia es un lugar de experimento. HERENCIA consideró que la situación guatemalteca es la misma, con la diferencia de que no hay en Guatemala esa “masa crítica” y esa solidez institucional que han permitido dar respuesta nacional en Colombia. En el caso de Guatemala tampoco hay seguimiento, lo cual es responsabilidad de la Corte IDH, afirmó.

Guatemala ha sufrido uno de los mayores conflictos armados internos de la región, en el que hubo 200.000 muertos, con la particularidad de que hay un proceso abierto contra el expresidente Gral. Ríos Montt por genocidio. Se trata de

⁷¹ Corte IDH, *Caso Masacre de las dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2009.

un caso único en América Latina, indicó, y agregó que en Guatemala hay consenso respecto a la idea de calificarlo de genocidio.

Institucionalmente, explicó HERENCIA, se ha seguido la ola del nuevo constitucionalismo y se han suscrito tratados internacionales. Sin embargo, se da una diferencia entre lo que establece la Constitución y cómo eso se desarrolla e interpreta. Las instituciones que deben hacerlo han sido en la práctica las que han delimitado el desarrollo y el cumplimiento de estas medidas. Una de las reformas que se piden de la Constitución es la reforma de la Ley de Amparo (tutela y hábeas corpus).

En los quince casos hay hechos grotescos: *Myrna*,⁷² *Bámaca Velásquez*,⁷³ *Masacre Plan de Sánchez*.⁷⁴ La jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido a la implementación normativa y al desarrollo jurisprudencial en Guatemala.

Destacó HERENCIA que si el caso *Masacre de las dos Erres* avanzó, fue por presión internacional. Relató brevemente el caso, en que se fue a un pueblo y se mató a alrededor de doscientas personas. Explicó que se llegó a investigación internacional de los hechos porque la mayoría de los autores materiales se fueron como inmigrantes ilegales a Canadá, Estados Unidos y México, pero los autores mediatos hoy están nuevamente en el poder, por la presidencia de Otto Pérez Molina. En la sentencia se ordenan garantías de no repetición, reparaciones, un memorial, así como la obligación de investigar y, de ser el caso, condenar.

Hay dos sentencias firmes en los tribunales guatemaltecos contra autores materiales de la masacre. Fueron condenados a 6006 (seis mil seis) años de cárcel por homicidio y deberes contra la humanidad. La sentencia consta de 295 páginas en las que la referencia a la Corte IDH ocupa solo dos líneas: se establece la responsabilidad y se acepta la sentencia como plena prueba. No hay desarrollo dogmático.

Si bien no es dogmática, sí hay respuesta frente a la Corte IDH, aunque a veces contradictoria. En el artículo 46 de la Constitución se consideró al ER como tratado

⁷² Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 25 de noviembre de 2003.

⁷³ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo*, sentencia del 25 de noviembre de 2000.

⁷⁴ Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Fondo*, sentencia del 29 de abril de 2004.

de derechos humanos, pero por otro lado la Corte Constitucional ha impedido el avance de investigaciones. Los casos de avances específicos suelen estar impulsados por ONG y organizaciones de víctimas. Pero tanto las ONG como también la Corte IDH deben evaluar qué es lo que se está haciendo. En este sentido, resaltó HERENCIA, las audiencias de supervisión son más importantes que las sentencias.

Si algo avanzó en Guatemala, ello se debe al activismo de las organizaciones de derechos humanos de las mujeres. Un caso del 2000, por ejemplo, ordena la reforma del Código Civil y de todas las normas que trataban a la mujer como ciudadana de segunda categoría. Luego de la sentencia *Campo algodono*⁷⁵ se tuvo incluso la reforma penal, que incorporó la figura del femicidio. Es decir, puede hablarse de *obediencia formal* ante la Corte IDH, aunque no en la práctica.

XI.b. Discusión

DONDÉ MATUTE preguntó por el impacto de la Comisión sobre la Impunidad.⁷⁶ HERENCIA respondió que hay posiciones ambivalentes; la Comisión permite decir cosas que en otro contexto no serían posibles. DONDÉ MATUTE preguntó también si el proceso contra Ríos Montt fue consecuencia directa o fue parte de la inercia bajo influencia de la Corte IDH, a lo que HERENCIA respondió que en general hay muchos procesos iniciados a la luz de las sentencias de la Corte IDH, aunque no haya muchas condenas. Con respecto al acceso a la información, finalmente, a DONDÉ MATUTE le llamó la atención que las sentencias no se puedan obtener, dado que ello es un impedimento fáctico para poder revisar el cumplimiento. Como dato “cultural” comentó que también en México existe el delito de deberes contra la humanidad, incorporado luego de la Segunda Guerra Mundial a fin de evitar la experiencia de Núremberg.

ZILLI, refiriéndose al informe preliminar, comentó su sorpresa por la postura de los tribunales nacionales que entienden que la Convención tiene que ser interpretada de acuerdo a la Constitución, y no al contrario. Si las normas están en

⁷⁵ Véase *supra*, nota 12.

⁷⁶ Dondé Matute se refería a la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, con información oficial en la página web: <<http://cicig.org/>>.

un mismo plano, entonces debería regir el principio de ley posterior, o el principio de supremacía de los derechos humanos.

SANTALLA observó que el caso Ríos Montt no es el primero en que se acusa por genocidio. Ya habría habido casos en la década de 1980, dato considerado por Herencia para el informe final.

AMBOS trajo a discusión hasta qué punto puede hacerse un informe sobre un Estado sobre el cual no se cuenta con suficiente información. ¿En qué medida esto puede significar un aporte del Grupo? BÖHM consideró que la falta de información disponible en un Estado como Guatemala, con tantos casos ante la Corte IDH, es un dato relevante que prácticamente “exige” al Grupo que preste atención a este país más allá de las dificultades que pueda presentar la confección del estudio. Lo que no puede decirse, agregó, es muchas veces más elocuente que lo que sí puede decirse. Un informe del Grupo al respecto, por lo tanto, precisamente haría visible esta situación.

XII. INFORME ESPAÑA

XII.a. Informe a cargo de Alicia GIL GIL

GIL GIL anunció que se referiría a las diferencias entre el sistema europeo y el interamericano. Según el artículo 46 CEDH, las sentencias del TEDH son de cumplimiento obligatorio. En cuanto al seguimiento, comprobar la debida ejecución de la sentencia no es solo comprobar un pago, por ejemplo, sino también la adopción de medidas de carácter general o especial, y evitar que persistan los efectos de la vulneración. En este sentido, agregó, la supervisión del Comité de Ministros y el TEDH han dicho que no basta con la reparación económica para liberarse de la obligación de adaptar la legislación. Se exigen del Estado medidas generales o individuales de reparación, basado esto en el artículo 1 CEDH, que establece que tiene que formularse legislación interna compatible con el CEDH.

El TEDH ha sido flexible en cuanto a los medios, ya que obliga a obtener el resultado, pero tiende a no especificar el medio por el cual el Estado debe procurar este fin; eso queda a criterio del propio Estado. Esta línea jurisprudencial, sin embargo, se modificó desde el año 2004, cuando se abrió a la firma el Protocolo Adicional 14, que prevé reglas más explícitas, sumado esto a que el Comité de

Ministros adoptó la resolución del 12 de mayo de 2004,⁷⁷ sobre problemas estructurales y mejoras en los recursos internos. La jurisprudencia del TEDH empezó entonces a ordenar medidas individuales de ejecución (distintas de todas formas a las de la Corte IDH), y ha llegado a decir que la gravedad de la lesión requiere sí o sí una medida específica, sin dar opción al Estado —como, por ejemplo, cuando el TEDH da una orden de inmediata libertad o de dar derecho de residencia—.

En general el Comité de Ministros alienta la flexibilidad que se deja a los Estados, y hay sentencias que, aunque señalan problemas estructurales subyacentes en los Estados condenados, dejan libertad para la adaptación de la legislación interna al CEDH.

Otro de los problemas, indicó GIL GIL, se presenta cuando hay violación al artículo 6 CEDH,⁷⁸ ya que parecería que la forma de subsanarlo es la solicitud al Estado de que reabra el proceso en cuestión para hacer efectivo el derecho a un proceso justo. En este sentido hay una recomendación del Comité de Ministros sobre el cumplimiento de las sentencias, que entiende que debería permitirse la revisión, es decir, la reapertura cuando el TEDH lo indique.⁷⁹

Destacó que España es miembro del CEDH desde 1979, lo que explica la falta de costumbre de los abogados y los pocos casos: España contaba a fines de 2011 con 65 condenas, frente a 159 de Alemania. La mayoría, indicó, son por infracción al derecho a juicio justo (por no dar audiencia al imputado en casación, por dilación del proceso, etcétera).

En cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia regional para los tribunales españoles, hay dos normas relevantes: los artículos 10 y 96.1 de la Constitución, en los que no se habla de jerarquías, por lo que no se deciden los casos. No hay ningún otro precepto sobre si hay que ejecutar las decisiones del TEDH, ni cómo. El Tribunal Constitucional (TC) se ha declarado vinculado, lo cual contradice el argumento de que el TC es el máximo intérprete de la Constitución. La obligación

⁷⁷ Resolución de 12 de mayo de 2004 sobre sentencias que ponen de manifiesto un problema estructural subyacente.

⁷⁸ El art. 6 del CEDH regula detalladamente el “derecho a un proceso equitativo”.

⁷⁹ Recomendación R. (2000) 2, del 19 de enero de 2000, sobre el reexamen o la reapertura de ciertos casos en el plano interno como consecuencia de sentencias del TEDH.

reside, explicó GIL GIL, en interpretar los derechos plasmados en la Constitución de acuerdo a la interpretación que el TEDH hace del CEDH.

Las condenas suelen deberse a que no se oye al imputado en casación o en el proceso del recurso de inconstitucionalidad: el sistema de recursos español no permite la nueva valoración de la prueba, y esta es la esencia de los recursos, afirmó. Hubo una tensión constante entre el Tribunal Supremo (TS) y el TC, hasta que finalmente el TS acató lo dicho por el TC y por el TEDH sobre la necesidad de revalorar prueba. En estos casos no se admite recurso de casación del fiscal.

El TS es reacio en la aplicación de las sentencias del TEDH, alegando que este no es órgano superior y que sus sentencias no son ejecutables, sino que basta con la indemnización y el reconocimiento de la violación. En el caso *Barberá*,⁸⁰ sin embargo, esto no fue tan sencillo, comentó GIL GIL, porque los condenados seguían en prisión y la reintegración no era posible con solo indemnizar y reconocer derechos. El TC recibió una acción de amparo *contra legem* con base en que la vulneración de derechos era actual, porque el sujeto se encontraba preso. Otra posible forma, agregó GIL GIL, es el recurso de revisión. No está previsto expresamente, pero el TS dijo que podía presentarse cuando el TEDH hubiera invalidado todas las pruebas que sirvieran para condenar al demandante; si no quedaran pruebas legítimas, era necesario absolver al acusado, por lo que se habilitaba el recurso de revisión. El TS propuso esta solución pero nunca la aplicó, porque siempre consideró que subsistían pruebas no ilegítimas.

A la vista de todo esto, la doctrina pone de manifiesto la necesidad de regular un proceso especial para la revisión de condenas cuando hay un procedimiento ante el TEDH. Se pide, en este sentido, que sea similar a lo que han hecho otros Estados, para que haya coherencia. GIL GIL mencionó finalmente un caso aún abierto, *Inés del Río vs. España*, explicado en detalle en el informe preliminar, que ejemplifica las tensiones existentes al momento de aplicarse sentencias del TEDH.

XII.b. Discusión

EIROA quiso conocer la opinión de Gil Gil sobre las diferencias de postura entre el TC español y lo que él consideró que sería apropiado para la CSJN argentina, y se

⁸⁰ TEDH, *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, sentencia del 6 de diciembre de 1988.

refirió a un pasaje del informe preliminar en que GIL GIL afirmó: “en tanto tal jurisprudencia no sea más restrictiva que el propio TC”. A esto GIL GIL respondió que el sistema español se siente ligado por la interpretación del TEDH. Decir que una obligación es inconstitucional pero de todos modos cumplirla sería imposible en España.

ZILLI consultó sobre la posibilidad de revisión de condena y en particular sobre el requisito de hecho nuevo, y se preguntó si no sería posible interpretar una decisión del TEDH como un hecho nuevo justificador de la revisión, dado que esta es instituida siempre en beneficio del condenado. Si hubiese una sentencia de la Corte IDH que revisara una condena, podría ser útil a todos. En Colombia se hizo toda una ponderación sobre la posibilidad de la revisión, recordó, ¿hay algo así en España? GIL GIL respondió que el motivo de revisión son hechos nuevos que demuestren la inocencia del acusado; por eso la sentencia del TEDH debería demostrar eso, anular todas las pruebas; si no, no sería posible. Aclaró que nadie se ha planteado revisar absoluciones.

CARO comentó que las normas peruanas son similares a las españolas. No hay norma sobre rango —pidió ampliación sobre esto a GIL GIL—, sino que solo se indica que debe haber una interpretación conforme a la Constitución. DONDE MATUTE, en esta misma línea, pero sobre la mecánica de la interpretación conforme, preguntó si en España se adoptan los criterios del TEDH para hacer la interpretación. ¿Se utiliza una interpretación pro persona, algo más protector que pudiera reemplazar la interpretación del TEDH? En respuesta a la cuestión del rango, GIL GIL explicó que hay distintos preceptos: si un tratado irá en contra de la Constitución, esta debe modificarse; por otro lado, unos consideran que los tratados tienen su mismo rango; otros, superior; otros, inferior. Otros dicen que no hay relación. Desde su punto de vista, dijo GIL GIL, no puede haber contradicción, tiene que haber una decisión compatible. Agregó que no se han dado casos en que el TEDH restrinja derechos.

MALARINO se preguntó qué dicen las Cortes Constitucionales sobre el artículo 41 CEDH.⁸¹ GIL GIL respondió que hay dos visiones: la del TS, que sostiene

⁸¹ Art. 41 CEDH: “Satisfacción equitativa. Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de

que las decisiones del TEDH son declaratorias, y la del TC, que es mucho más pro CEDH, que interpreta el artículo 41 con el artículo 1 CEDH,⁸² en el sentido de que, a pesar de que la sentencia no es superior y no es ejecutiva, España debe adaptar su ordenamiento al CEDH.

XIII. BIENVENIDA A ASESORES EN CUESTIONES DE NEGOCIACIONES DE PAZ.

Se incorporaron al Encuentro los asesores del alto comisionado de Paz, Sergio Jaramillo, quien asesora al presidente de Colombia respecto de las negociaciones de paz entre el Estado colombiano y los grupos armados. Los asesores, Juanita Goebertus, Natalia Arboleda y Alejandro Reyes, son abogados del área de justicia del observatorio que hace el seguimiento de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia, y han colaborado en la redacción del acto legislativo 1 de 2012, el cual tiene por objetivo ofrecer medidas propias de un proceso de transición que pudieran servir a las inminentes negociaciones de paz. La idea de su incorporación al Encuentro es evaluar qué podría suceder en el ámbito del sistema interamericano con relación al proceso de paz iniciado en Colombia.

XIV. INFORME PERÚ

XIV.a. Informe a cargo de Carlos Caro

CARO indicó que respecto de Perú se cuenta con abundante información; en concreto: 27 casos. Con sentencia definitiva de fondo destacó *Neira Alegría*.⁸³

Sobre la relación entre derecho internacional y derecho interno, dijo que Perú ratificó la Convención de Viena en el año 2000, por lo que el Estado peruano no puede invocar su derecho interno para incumplir obligaciones internacionales, lo cual fue muy destacado en la nueva resolución sobre *Barrios Altos*.⁸⁴ La 16^a

manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

⁸² Art. 1 CEDH: “Obligación de respetar los derechos humanos. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

⁸³ Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo*, sentencia del 19 de enero de 1995.

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución del 7 de septiembre de 2012.

disposición complementaria de la Constitución de Perú (CPer), ya derogada, ratificaba varios instrumentos internacionales, la CADH entre ellos, y desde 1981 se reconoció la competencia contenciosa, agregó CARO. Los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, por lo que para modificarlos debía seguirse, según la anterior Constitución, el procedimiento de la reforma constitucional, aunque esta regla no existe más. Por otra parte, en el artículo 1 de la CPer, de 1979, se establecía un sistema de adopción automática de los tratados, como en el caso español, lo cual cambió con la CPer de 1993. Aquí el artículo 55 establece expresamente que los tratados son parte del derecho interno, y la ley 26.647⁸⁵ dispone que no requieren implementación interna.

Por otro lado, explicó, hay disposiciones diferentes, ya que el artículo 56 CPer estipula que en materia de derechos humanos se requiere la aprobación del Legislativo. No existe norma semejante a la del derogado artículo 105 CPer, que establecía el rango constitucional. A esto se suma que de acuerdo a la misma CPer se puede iniciar proceso de inconstitucionalidad contra la propia CPer y los tratados, por lo cual parte de la doctrina ha entendido que en realidad tienen rango legal y no constitucional.

Un sector de la doctrina postulaba en la década de 1990 que los tratados de derechos humanos seguían teniendo rango constitucional aunque la CPer no lo estableciera expresamente. La cuarta disposición final de la CPer de 1993 estipuló en este sentido una pauta semejante a la contenida en la Constitución española: normas relativas a derechos y libertades se deben interpretar de acuerdo o conforme con tratados internacionales. Esta creación, según la cual dichos tratados tienen rango constitucional, es relativamente reciente. CARO recordó que para el Encuentro del Grupo en el año 2005 en México, en que se trataron las dificultades para la implementación del ER, él había destacado esta situación,⁸⁶ relacionada con que el Tribunal Constitucional peruano (TCper) en diversos fallos confirmó el rango constitucional de los tratados y en particular de la CADH. Esto no ha sido

⁸⁵ Ley n.º 26647, sobre el Perfeccionamiento Nacional de los Tratados Celebrados por el Estado Peruano, del 26 de junio de 1996.

⁸⁶ Caro se refería al siguiente trabajo: Dino Carlos Caro Coria, "Perú", en: Ambos, Malarino y Woischnik, o. cit. (*supra*, nota 70), pp. 373-400.

objeto de mayor discusión en el Perú, donde, por ejemplo, la discusión argentina no tendría lugar, dado que no hay norma que declare el rango de los tratados.

Por otro lado, señaló, la jurisprudencia peruana ha sido generosa en la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH, a la que se considera de aplicación inmediata. En una sentencia del 17 de abril de 2002, por ejemplo, se declaró que, conforme a la 4ª disposición final de la CPer de 1993, el sistema peruano adhiere íntegramente a la interpretación que de los derechos fundamentales hace la Corte IDH. Algunos entienden incluso que se eleva a rango constitucional el sentido de la jurisprudencia de la Corte IDH, aunque no hay mayor desarrollo dogmático al respecto en el ámbito peruano.

En una sentencia de junio de 2007⁸⁷ el TCper estableció reglas de vinculación directa entre la Corte IDH y el TCper, indicó CARO, lo cual tiene una finalidad reparadora, en el sentido de que para reparar el derecho conculcado debe considerarse la jurisprudencia de la Corte IDH, pero además tiene una función preventiva, ya que solo observando la jurisprudencia interamericana se van a evitar nuevas sentencias contra el Estado peruano, de modo que esta vinculación es para todos los poderes públicos y no se limita a la parte resolutive de los fallos, sino que se extiende a la *ratio decidendi* incluso cuando el Estado no es parte afectada en el sentencia.

La ejecución de las decisiones contra el Estado peruano no ha sido problemática. La ley 27.775⁸⁸ establece el procedimiento de ejecución de los fallos dictados por los tribunales supranacionales. Esta ley tuvo por objetivo que Perú acatara los fallos de la Corte IDH —anteriormente se había planteado la desvinculación de la competencia contenciosa de la Corte IDH—. El procedimiento es sencillo, aclaró CARO: el Estado peruano, luego de ser notificado del fallo y a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe poner en conocimiento del fallo al presidente del Poder Judicial, quien notifica de inmediato a la instancia correspondiente para que proceda con la ejecución. A estos efectos se reconoce que las sentencias y las medidas provisionales de la Corte IDH son obligatorias, no

⁸⁷ Tribunal Constitucional del Perú, exp. n.º 00007-2007-PI/TC, *Caso Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República*, sentencia del 19 de junio de 2007.

⁸⁸ Ley n.º 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, del 5 de julio de 2002.

así las opiniones, recomendaciones y documentos no vinculantes, que no están considerados.

En cuanto a las órdenes emitidas, en el informe preliminar se detallaron los 19 procesos y el tipo de decisiones que se han dado, las que abarcan anulación de proceso judicial, orden al Poder Legislativo, reparación dineraria, medidas educativas, en salud, reparación moral, etcétera. Indicó para mayor ampliación que en sus informes para el Grupo de los años 2005, 2007 y 2010⁸⁹ (este último sobre DFP) ya se ha explicado cómo se vienen ejecutando las sentencias.

CARO comentó en particular tres casos, cuyo tratamiento modificaré para el informe final:

1. *Castillo Pretruzzi*.⁹⁰ En este fallo del 30 de mayo de 1999, la Corte IDH ordenó la modificación de la legislación en materia antiterrorista. Se trataba de un ciudadano chileno condenado por traición a la patria por un tribunal militar, aunque no era en realidad un caso de traición ni se podía juzgar por la justicia militar. Se ordenó entonces que el Estado peruano cambiara su legislación. Fue una decisión bastante polémica en el último año de mandato del expresidente Alberto Fujimori, por lo que muchos lo consideraron un pretexto para que el Estado renunciara a la competencia contenciosa de la Corte IDH. Se dictó una resolución legislativa y la Corte IDH emitió una decisión dejando en claro que este proceso no afectaba su competencia en los otros casos en que el Estado peruano ya había aceptado la competencia. Esto no fue una declaración superflua, porque al iniciarse el proceso de desvinculación, el Estado afirmó que no iba a aceptar ninguna competencia, por lo que aquella aclaración fue pertinente. Mediante una nueva declaración legislativa se informó a la Corte IDH que Perú sí seguiría sometido a la Corte IDH en los casos anteriores.

Hubo un proceso de inconstitucionalidad contra la legislación antiterrorista que dio lugar en el año 2003 a una sentencia del TCper que declaró

⁸⁹ Caro se refería a sus informes titulados “Perú” en los libros del Grupo publicados en 2005 (o. cit., *supra*, nota 86) y en 2008 (o. cit., *supra*, nota 32), pp. 271-306, así como al texto titulado “La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, presentado en el libro del Grupo publicado en 2011 (o. cit., *supra*, nota 57), pp. 127-171.

⁹⁰ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 30 de mayo de 1999.

inconstitucional parte de dicha legislación.⁹¹ Por falta de certeza fueron declarados inconstitucionales los tipos de traición a la patria y quedó sin efecto la legislación que establecía el juzgamiento de civiles por tribunales militares. El efecto de este fallo en Perú fue enorme, comentó CARO, porque cientos de fallos con cadena perpetua emitidos por el fuero militar se dejaron sin efecto a consecuencia de esta sentencia. Sin embargo, el TCper determinó que la anulación de los procesos no implicaba la liberación de los detenidos, lo que llevó a una “nada jurídica”, ya que no había imputación y no había condena, pero el fallo no implicó la liberación. Lo destacable es, no obstante, que la sentencia de la Corte IDH fue acatada.

2. *Barrios Altos*⁹² Este fallo ha sido particularmente polémico para unos y motivo de felicidad para otros, afirmó CARO. La Corte IDH, en esta sentencia del 14 de marzo de 2001, declaró que la Ley de (auto)Amnistía de 1995⁹³ atentaba contra el sistema interamericano y ordenó que se reiniciara la causa. Esta concluyó con la sentencia condenatoria del expresidente Fujimori; los hechos se calificaron como de lesa humanidad, y se consideró que por el mayor disvalor de la conducta se justificaba la máxima pena. Sin embargo, en un caso paralelo, la Corte Suprema afirmó el 20 de julio de 2012⁹⁴ que los hechos del Grupo Colina no calificaban como delitos de lesa humanidad.

Hay aquí, señaló CARO, tecnicismos que pueden discutirse, pero existe un problema ineludible en la acusación, porque en ella el fiscal no aclaró que se trataba de crímenes de lesa humanidad, sino que solo lo mencionó muy brevemente, sin fundamentación. Desde el punto de vista de la propia jurisprudencia del TCper, esta acusación no contaba con fundamentación suficiente, por lo que se quitó la calificación de lesa humanidad. Se agregó a esta situación que un delito estaba prescrito, y se rebajó la pena de 25 a 20 años.

⁹¹ Tribunal Constitucional del Perú, exp. n.º 010-2002-AI/TC, *Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos*, sentencia del 3 de enero de 2003.

⁹² Véase *supra*, nota 25.

⁹³ Ley n.º 26.479, del 16 de junio de 1995, que “concede amnistía a los militares, policías y civiles que se encuentren denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo desde mayo de 1980” (art. 1).

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, *Recusación N.º 4104-2010*, ejecutoria suprema del 20 de julio de 2012.

El gobierno, cuatro días después (el 24 de julio de 2012), planteó una acción de amparo para dejar sin efecto el fallo. Esta acción de amparo sigue en trámite. Al mes siguiente, el 27 de agosto de 2012, se llevó a cabo una audiencia en el ámbito de lo que es el procedimiento de supervisión del fallo *Barrios Altos*. En esta audiencia Perú participó con dos funcionarios que se contradijeron. La Corte IDH se manifestó tiempo después (el 7 de septiembre de 2012) y dijo que no puede intervenir en el fuero interno para que se dé cumplimiento, pero que se estaban violando los derechos humanos.⁹⁵ Fue una exhortación a la anulación correspondiente. Así, la propia Corte Suprema, el 27 de septiembre de 2012, de acuerdo a lo requerido por la Corte IDH, anuló el fallo *Barrios Altos* por *pacta sunt servanda*.

3. *Indulto a Fujimori*. Al respecto, CARO comentó brevemente que la familia anunció que va a solicitar el indulto por razones humanitarias, y se plantea entonces la pregunta de si esto violaría o no las obligaciones del Estado peruano de perseguir y sancionar estas graves violaciones.

XIV.b. Discusión

EIROA, haciendo referencia a que la jurisprudencia peruana acepta la jurisprudencia de la Corte IDH aunque esta obligación no esté normativamente expresada, entendió entonces que los jueces crearon derecho, y consultó sobre la opinión de Caro al respecto. CARO respondió que, cuando entró en vigencia la CPer de 1993, gran parte de la doctrina consideró que se había acabado la idea del rango constitucional. El nuevo estado de cosas surgió a partir de la jurisprudencia del TCper, y hoy se considera cuestión aceptada incluso por el Poder Judicial. Están todos de acuerdo.

Aclaró, sin embargo, que él personalmente tiene sus dudas al respecto, en especial por las dificultades jurídicas de la implementación. Una cosa es que se afirme que la interpretación debe ser conforme, y otra que se diga que tiene rango constitucional, porque de esta manera cualquier nuevo tratado implicaría un proceso de reforma constitucional, lo cual es muy complejo. Un juez se animó a decir que un fallo del TCper era inconstitucional, es decir, la tensión entre TCper y

⁹⁵ La referencia es la nueva decisión de la Corte IDH en el *Caso Barrios Altos* (véase *supra*, nota 84).

Poder Judicial no es nueva, pero hoy todos concuerdan en que los tratados tienen rango constitucional.

CARO reiteró su postura crítica recordando que el fallo *Villa Stein* declaró que la decisión de la Corte IDH expresa activismo judicial y violaría la propia CADH. Según dicho fallo, uno tendría que llegar entonces a la conclusión de que una sentencia de la Corte IDH puede ir en contra de la CADH, y esto llevaría a decir que es inconstitucional.

ZILLI se refirió a las varias decisiones proferidas por la Corte IDH sobre el foro militar, en las cuales se han establecido criterios específicos para definir cuándo este foro especial estaría violando el requisito de imparcialidad. En Brasil, explicó ZILLI, está prohibido juzgar en la justicia militar casos cometidos en la dictadura militar. El punto crítico es que Brasil no juzgaría civiles, sino militares; es decir, la Corte IDH prohíbe que Brasil juzgue militares en fuero militar, lo cual consideró que era un exceso en las decisiones de la Corte IDH al tratar de regular el ámbito de actuación de los distintos foros con el pretexto de violación de imparcialidad.

A esta reflexión CARO comentó que en Perú el TC emitió varios fallos en que se juzgaba solo a militares y respecto a bienes jurídicos estrictamente militares. Esto era aceptado. Pero hubo dos cuestiones que reabrieron la discusión: el decreto 1095,⁹⁶ que regula el uso de armas de fuego en conflictos sociales, donde se establece que es un tema a juzgarse en el fuero militar, y la implementación de regulación respecto de los delitos contra el DIH, que han seguido una doble tipificación mediante un proyecto de modificación del CP y de la legislación penal militar, en la cual se regulan delitos contra el DIH que van a ser juzgados en el fuero militar. Esto podría llegar ante la Corte IDH.

GALAIN PALERMO se refirió a la discusión relativa a los efectos de un indulto para Fujimori. Indulto no es amnistía, aclaró. Esto es distinto al caso en Chile en que la pretensión era evitar el juzgamiento. En el caso peruano se trata de ejecución de pena cuando ya hubo declaración de culpabilidad, lo cual tal vez por razones humanitarias podría hacerse. Es decir, no se trataría de persecución sino de ejecución.

⁹⁶ Decreto legislativo n.º 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por las fuerzas armadas en el territorio nacional, del 1 de septiembre de 2010.

CARO explicó que Fujimori, al parecer, tiene cáncer, y la discusión es precisamente si en este caso se le puede dar el indulto por razones humanitarias. Si bien el indulto es una facultad constitucional, explicó, el presidente de la República tiene limitaciones para concederlo. El indulto común por delitos comunes es distinto del indulto por razones humanitarias, el cual puede concederse por enfermedad terminal (ya se afirmó que este no es el caso de Fujimori) o cuando la enfermedad no es terminal pero es incurable, degenerativa y las condiciones del encierro ponen en peligro la salud de la persona (este es el motivo alegado en el caso). La cuestión reside en que Fujimori fue condenado por secuestro, y este delito prevé tiempos de cumplimiento de pena muy elevados para que puedan concederse beneficios penitenciarios. Si el indulto se concediera, esto generaría procesos judiciales por indulto mal concedido.

AMBOS, en cuanto al foro militar, se pronunció de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH. ¿Por qué no puede juzgarse a los militares por tribunales comunes?, se preguntó. ¿Por qué deben tener fueros privilegiados diferentes? Incluso se podría ser más estricto con ellos; no es nuevo que haya delitos agravados por la función (juez, policía).

APONTE destacó el punto de vista de ZILLI, aunque dijo que en países como Colombia, que es donde más impunidad se encuentra, la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el foro militar es importante. En Colombia los policías tienen funciones militares, y viceversa. Comentó que el primer caso revisado por la acción de revisión en Colombia fue precisamente uno en que la policía mató a dos civiles y esas muertes se presentaron como dentro de la función, por lo que los policías fueron absueltos, y contra esa sentencia absolutoria se produjo la acción de revisión. Si no hubiera existido la posibilidad de revisión, el caso habría pasado al olvido. Por eso, destacó, por lo menos para el caso colombiano, la injerencia de la Corte IDH llamando la atención sobre el fuero militar es importante.

GUZMÁN DALBORA consideró que la hipertrofia de la justicia penal militar no es nueva. Ya Jiménez de Asúa lo señalaba en 1950, veinte años antes de que se produjeran las dictaduras militares durante las cuales en general se amplió en más o en menos este fuero. La principal dificultad está en que la oficialidad se cubre de las capas altas de la sociedad, explicó, que son las mismas capas que recurren a lo

militar para que intervengan en lo político. Las reformas suponen una especie de transformación de la cultura.

HERENCIA preguntó a Caro su opinión sobre el indulto humanitario, discusión que recién empieza a darse.

GIL GIL señaló que en *Masacre de la Rochela*⁹⁷ la Corte IDH habría dicho que no a los indultos ni a un derecho penal premial con atenuantes basadas en consideraciones político-criminales, lo que le parece equivocado, así como que el TEDH también se ha pronunciado en contra de que se concedan indultos a condenados por delitos de tortura.⁹⁸

MALARINO comentó la sentencia del TCper referida en el informe preliminar, relacionada con el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH.⁹⁹ Lo que dice el TCper, entendió, es similar a lo que se dice en tribunales de Argentina. Hay sin embargo un defecto importante en la argumentación del TCper, ya que este dice que de conformidad con la cuarta disposición final CPer los derechos y libertades deben interpretarse de acuerdo con los tratados. La pregunta es, señaló MALARINO, ¿qué abarca esto?, ¿únicamente los tratados de derechos humanos?, ¿también la jurisprudencia de los órganos de aplicación? Eso no es claro. Sin embargo, el TCper continúa y dice que la disposición cuarta final CPer “contiene implícitamente una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos [...], en especial la Corte IDH”. O sea que de la cláusula que dice que la interpretación debe ser acorde con los tratados, implícitamente coligen que también debe seguirse lo que dicen los órganos de aplicación.

Pero, continuó MALARINO, una cuestión es la definitividad de una decisión —o sea, quién es el último intérprete en un sistema jurídico— y otra cosa es si sus decisiones tienen (o no) carácter vinculante. Es decir: ser el último guardián de un texto jurídico no significa que la jurisprudencia de ese órgano sea vinculante. Ese argumento es lógicamente equivocado. Se necesita una premisa extra para llegar a la conclusión a la que llega el TCper. Esa premisa es la regla del precedente

⁹⁷ Véase *supra*, nota 69.

⁹⁸ TEDH, *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, sentencia del 2 de noviembre de 2004, § 55; TEDH, *Yeter v. Turkey*, sentencia del 13 de enero de 2009, § 70; TEDH, *Ali y Ayşe Duran v. Turkey*, sentencia del 8 de noviembre de 2008, n. m. 69.

⁹⁹ Tribunal Constitucional del Perú, exp. n.º 00218-2002-HC/TC, *Caso Jorge Alberto Cartagena Vargas*, sentencia de fecha 17 de abril de 2002.

vinculante (*stare decisis*) y esa regla no existe en el sistema interamericano. En muchos ordenamientos jurídicos, como el argentino, la jurisprudencia del tribunal superior no es vinculante para los tribunales inferiores (porque el sistema carece de la regla del precedente vinculante), independientemente de que tal tribunal sea el último intérprete y por lo tanto sus decisiones sean definitivas.

CARO explicó que no existe en Perú una norma que establezca que los precedentes son vinculantes, por lo que la pregunta es si un país en el orden interno se lo puede imponer a sí mismo. El Código Procesal Constitucional en su artículo 5 dice que los derechos constitucionales deben interpretarse de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

SANTALLA VARGAS se refirió al comentario de Malarino, que le llamó la atención porque la disposición peruana es casi idéntica a la boliviana, del artículo 13.4 CBol. Llama la atención que en el caso peruano se hable de los instrumentos en materia de derechos humanos *suscritos* por el Estado peruano, por lo que no serían únicamente los ratificados. CARO explicó que se trata de una mala transcripción en el fallo de lo que dice la cuarta disposición: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Sobre esto DONDE MATUTE reflexionó que entonces tal vez ni siquiera se refiera solo a tratados.

XV. JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN COLOMBIA

En esta parte del Encuentro se realizó una ronda de ideas y propuestas directamente relacionadas con el caso colombiano, las negociaciones de paz (inminentes en ese momento, y hoy ya iniciadas) entre el gobierno colombiano y los grupos armados guerrilleros, así como sobre el antes mencionado acto legislativo 1 de 2012.

Tomó la palabra GOEBERTUS, quien preguntó al Grupo si sería posible una mirada retrospectiva que ayude a pensar en cómo resolver conflictos mediante mecanismos de justicia transicional. Es decir, en los distintos países en que esto se hizo, ¿qué es lo que no funcionó bien?, ¿cuáles son las lecciones aprendidas sobre

lo que habría podido hacerse mejor? Explicó que en este momento Colombia está en esta etapa, y puede aprender de la experiencia de otros países.

GALAIN PALERMO se pronunció a favor del modelo sudafricano de exaltación de la Comisión de la Verdad, agregando a esto beneficios. Hay una sumatoria de herramientas en las comisiones de verdad, explicó: persecución penal selectiva (modelo argentino), limitación de la persecución selectiva, suspensión de la ejecución de la pena. Lo fundamental en el caso colombiano es ver cómo se protege a las víctimas, porque muchas veces si la víctima declara se queda sin tierra y tal vez incluso es asesinada.

APONTE explicó que es importante ofrecer algo. El que no esté cerrada la posibilidad de futura participación en política es un aspecto importante, por ejemplo, dada la calidad del conflicto colombiano. ¿A cambio de qué va a venir alguien que estuvo 30 o 40 años en la selva o en la montaña a meterse en una cárcel en Bogotá? La historia de Colombia es la historia de las amnistías a delincuentes políticos, dijo. El actual alcalde de Bogotá, por ejemplo, es un exguerrillero (M-19) amnistiado. Con las FARC va a ser mucho más complejo. Por supuesto que los delitos que adquieren carácter de lesa humanidad son de alta complejidad, pero ¿qué sucede con los otros, como el narcotráfico, por ejemplo? El concepto de reparación debería ser más amplio, agregó; debería considerar víctimas y desmovilizados. ¿Cómo se impide que una persona vuelva al delito si no es mediante cierta seguridad?

EIROA comentó que en Argentina, por ejemplo, si uno conocía la situación en que se vivía luego de la dictadura (1985-1987) y piensa en cómo estaba posicionado el entonces presidente Raúl Alfonsín, es difícil imaginar una salida diferente al indulto que se concedió. Esta es una problemática que excede la cuestión de la legalidad, porque no es un tema jurídico sino político. Algo puede ser necesario desde una perspectiva política, pero no ir de la mano con una visión jurídica. Probablemente la CPI no aceptaría esto.

GIL GIL dijo que desde su punto de vista no parece haber otra forma de salir del conflicto que mediante medidas de transición. El problema es lo que el resto del mundo le dice a Colombia. La CPI, o la Corte IDH, por ejemplo, ¿qué opinan sobre estas medidas de transición? Hay dificultades con respecto a criterios de proporcionalidad, de culpabilidad, etcétera.

APONTE comentó que respecto de las sentencias de la Corte IDH que se refieren a la Ley de Justicia y Paz, por ejemplo, es *vox populi* que la evaluación del sistema interamericano va a ser más dura que la de la CPI, por las propias tendencias del sistema. Pero en realidad, a pesar de la crítica de Gil Gil, la Corte IDH ha sido cautelosa y ha aceptado en general el tema de *justicia y paz*. La Corte IDH no se ha referido a esta como si fuese un indulto disfrazado ni un pacto secreto. El elemento, interesante, que hace difícil la evaluación del caso colombiano es la independencia del Poder Judicial. El Poder Judicial ha enviado a la cárcel a todos los amigos del expresidente Álvaro Uribe. Eso no sería posible en un sistema judicial cooptado. Por otro lado, el fiscal adoptó mecanismos de priorización. Priorizar y seleccionar no es lo mismo. ¿A quién selecciono como sujeto en un proceso de paz?, se preguntó.

MARTÍNEZ VENTURA preguntó si se consideraría una amnistía y, en su caso, qué estándares serían aplicables. APONTE respondió que en principio no se habla de amnistías, aunque tal vez podrían considerarse amnistías condicionadas.

HERENCIA felicitó al equipo de asesores por el desafío al que se están enfrentando y, en el mismo sentido de Eiroa sobre la CPI, consideró que centrarse en la cooperación con la CPI es un modo de decir “estamos de acuerdo y desde el Proceso de Paz no va a haber ninguna traba”.

STEINER consideró un problema grave el que se piense que no va a ser posible compatibilizar lo político con lo jurídico, y se negó a aceptar esa confrontación. Las bases de lo jurídico son convicciones políticas, agregó. Si en la Corte IDH la jurisprudencia se caracteriza por proteger a las víctimas, y si la CPI se creó para luchar contra la impunidad, todo esto no son fines en sí mismos. Se están alineando objetivos jurídicos con objetivos políticos mínimos. EIROA respondió que no creía que fuera un objetivo mínimo el decir que no se acepta ningún tipo de impunidad. Parece más bien un objetivo de máxima. Sobre esto STEINER aclaró que la Corte IDH quiere paz en Colombia, por lo que su jurisprudencia no va a resultar un obstáculo. Lo que pueda exigir no es algo abstracto y fuera de contexto, sino que lo mismo que los propios colombianos van a exigir es lo que está pidiendo la Corte IDH. Es decir, lo que jurídicamente se pide es lo que los propios colombianos están exigiendo.

SANTALLA VARGAS preguntó cómo se ha definido en Colombia la categoría de *delito político*, porque es un concepto bastante impreciso que genera muchos problemas. Y, en conexión con esto, consultó cuándo un delito es considerado además infracción al DIH. APONTE respondió que no hay regulación que estipule la necesidad del carácter sistemático del delito para que sea considerado violación al DIH, y que tampoco se requiere conexión, en principio, con el delito político, aunque en general esta conexión existe.

XVI. INFORME CHILE

XVI.a. Informe a cargo de José Luis Guzmán Dalbora

Luego de hacer una broma por haber quedado su presentación para el cierre del Encuentro (“es justo quedar para el final, estamos en el fin del mundo, al borde de caernos al mar nosotros con nuestra hipocresía y nuestra manera tramposa de juzgar los asuntos importantes”), GUZMÁN DALBORA retomó la pregunta lanzada en la sección anterior y dijo que el primer error, que no debe cometerse, es el esconder cartas debajo de la mesa. Por esta trampa la transición chilena no ha terminado ni va a terminar, dijo.

Lo otro a evitar es cierta disociación esquizofrénica. Chile ha jugado con cartas escondidas, escondiéndoselas a sí mismo. Esto se pone de manifiesto en dos documentos muy importantes para la transición chilena: la ratificación de la CADH y la ratificación del ER. En ambos documentos se lee que Chile acepta la competencia contenciosa de la Corte IDH por hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a 1990. En el ER se incluyó esa cláusula, idéntica, diciendo que reconoce la competencia contenciosa para todo hecho cuyo principio de ejecución sea posterior al momento en que queda vigente para Chile el ER. Con esto Chile dice que no quiere que se inmiscuyan juzgando hechos ocurridos (secuestro, por ejemplo). Sus hechos más graves quedaron así fuera de la posibilidad de juzgamiento.

El Estado chileno entre 1993 y 2011 en general ha cumplido tanto las recomendaciones de la Com IDH como las decisiones en los contados casos que llegaron a la Corte IDH, y fue condenado en cinco oportunidades. Sin embargo, el cumplimiento ha ocurrido en un contexto constitucional sumamente adverso, en el

marco de una Constitución sancionada en 1980 por los sectores más ultraconservadores de la sociedad, que ni siquiera hoy tienen simpatía por el derecho internacional público. Por eso la Constitución en Chile no menciona al derecho internacional general. Y respecto del derecho internacional particular, lo que se establece hoy es que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana según las garantías reconocidas por Chile y que se encuentren vigentes.

De acuerdo a la doctrina constitucional chilena, se abre entonces la cuestión sobre si los tratados sobre derechos fundamentales tienen jerarquía superior o análoga a la de las leyes. Es una discusión bizantina, típica de los conceptualistas chilenos, criticó GUZMÁN DALBORA. Es una discusión que oculta que el punto de vista de los constitucionalistas chilenos es que en realidad no se trata de un problema de jerarquías, sino de consideración del derecho internacional en el ámbito interno, es decir, de cómo se aplica en el derecho interno uno internacional, lo que implica que siempre late detrás de esta cuestión el dualismo. Sobre el monismo no se dice nada.

En 2005 se aprobó un conjunto de reformas constitucionales, que se presentó por el entonces presidente Ricardo Lagos y que marcó “un antes y un después”. Se trata de una fórmula que establece que los tratados internacionales —todos— pierden vigencia, se derogan o modifican de acuerdo a las normas internacionales. Esta disposición fue interpretada por la doctrina chilena en el sentido de que viene a reafirmar que los tratados internacionales no son leyes, que tienen jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución. Este es el punto de vista mayoritario. Si se deja de lado la Constitución, que tiene una actitud indiferente al derecho internacional, el ordenamiento no tenía y sigue careciendo de disposiciones que permitan una adecuada armonización del derecho chileno con el derecho internacional. En este sentido, no sirvió de nada todo el proceso de discusión de la CPI, como tampoco las decisiones de la Corte IDH.

Sobre el cumplimiento de las decisiones de los órganos del sistema interamericano, deben diferenciarse las sentencias de las recomendaciones. En cuanto a las primeras, no hay procedimientos internos establecidos. Recordó GUZMÁN que ocurrió algo curioso cuando se dieron los primeros fallos contra Chile que suponían pago de indemnizaciones, ya que en el Ministerio de Relaciones

Exteriores no se supo qué hacer, pero se encontró una posible solución en el procedimiento para los juicios de hacienda, en los cuales el fisco es demandado. Así se encontró la fórmula para pagar las indemnizaciones. De esta manera, las víctimas que habían sido reconocidas como tales tuvieron que demandar al Estado chileno, este se allanó y el tribunal interviniente falló ordenando el pago. Es una solución de emergencia y no está mal, pero representa una nueva demora para las víctimas. Para otras medidas aún no hay solución, dijo GUZMÁN DALBORA. El recurso de revisión no contempla casos semejantes a los de sentencia de la Corte IDH. En este momento existe un proyecto de ley a partir del caso *Almonacid*,¹⁰⁰ en relación con la amnistía.

En general los fallos fueron cumplidos por dos razones, explicó GUZMÁN. El motivo jurídico fue que la doctrina entiende que la CADH es obligatoria para el Estado de Chile en todos sus términos, que es autoejecutable y que no requiere de disposición legal alguna para que se ordene su cumplimiento. El incumplimiento compromete la responsabilidad penal del Estado, y esos recursos para hacer valer la responsabilidad no están regulados. Se entraría a veces en el ámbito político. La segunda razón es política, ya que hasta el año 2010 los partidos políticos de la Concertación por la Democracia fueron los que sufrieron lo sucedido en Chile y tomaron por tanto seriamente sentencias y recomendaciones del ámbito interamericano.

En general se ha cumplido del todo con las reparaciones pecuniarias y las reparaciones de carácter simbólico. Las medidas pendientes son únicamente las muy nuevas. Se han introducido reformas legales, incluso constitucionales, como la que suprimió la censura, por ejemplo, a raíz de la película *La última tentación de Cristo*.¹⁰¹ Las sentencias de la Corte IDH aceleraron en este sentido el proceso de posturas proclives a acabar con la censura.

Con respecto a la revisión de fallos judiciales, aún no hay mecanismos legales y el Poder Judicial no ha creado mecanismos propios, aunque habría podido hacerlo,

¹⁰⁰ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

¹⁰¹ Guzmán Dalbora se refería a la ley n.º 19.742, que reemplazó el sistema de censura por otro de calificación cinematográfica, del 25 de agosto de 2001, así como a la ley n.º 19.846, que regula las condiciones de la calificación, del 4 de enero de 2003.

ya que puede regular procedimientos. Un ejemplo de esta falta se dio con el caso *Palamara*,¹⁰² en que una persona contratada como personal civil publicó un libro sobre inteligencia militar que en realidad no tenía nada secreto, pero que como fue publicado sin autorización de la Marina chilena llevó a una condena emitida por un tribunal militar por desacato, por incumplimiento de deberes militares. La Corte IDH ordenó dejar sin efecto esos fallos. Lo que correspondía era revisar los fallos. Lo que se hizo, en cambio, no fue una rehabilitación legal, sino la cancelación del registro penal.

En el caso *Almonacid* por primera vez la Corte Suprema se mostró activa. Había habido un sobreseimiento total en virtud de la amnistía del régimen militar, y esta era una resolución ejecutoriada. Sin embargo, en el año 2007 el caso se reabrió. Esa reapertura fue respaldada por la Corte Suprema, considerando que Chile estaba obligado a obedecer y a reabrir el caso. Se revocó el sobreseimiento de los miembros de la Policía de Carabineros.

En este caso está pendiente, como en otros, el mismo problema de la subsistencia del Decreto Ley de Amnistía, de 1978. Se trata de una discusión aún no resuelta en el país. Aquí se entrecruza el debate dogmático-penal con el político, consideró GUZMÁN DALBORA. Hasta la sentencia del caso *Almonacid* no se quería ver el problema de la amnistía. Incluso hubo proyectos de ley cuyo objetivo era extender el plazo de la amnistía —uno de esos proyectos estaba firmado incluso por el actual presidente, Sebastián Piñera, que en aquella época era senador—. A partir de la sentencia de la Corte IDH se evaluó derogar el Decreto Ley, lo que significaría reconocerle valor jurídico. Otra vía era la propuesta entre otros por Juan Bustos Ramírez: declarar nulo el Decreto Ley en cuestión por contravenir el DPI. Se dijo, sin embargo, que el Parlamento puede derogar pero no anular. Esto es una defensa de la Constitución de la época del exdictador Pinochet.

No se volvió a evaluar esa posibilidad, dijo GUZMÁN DALBORA. La vía que se fortalece —hay un proyecto de parlamentarios al respecto— es la de una ley interpretativa que establezca que las causas de extinción (prescripción y amnistía) no son aplicables a delitos del derecho internacional que no son susceptibles de

¹⁰² Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 22 de noviembre de 2005.

prescripción o amnistía. Esto es problemático porque no podría afectar sentencias judiciales anteriores. Colegas defensores del régimen político de Pinochet están de acuerdo con esto, porque así se ve salvaguardada la cosa juzgada. Este tema está en discusión, aún abierto.

Un último aspecto mencionado por GUZMÁN DALBORA es que la sociedad chilena nunca hizo lo que debía haber hecho respecto de la amnistía, esto es, tratar el tema de fondo. En el caso contra Perú los decretos ley son cuestionados por su contenido y no, como en el caso chileno, solo por su forma —en lugar de cuestionarse la ilegitimidad sustancial de su origen—. En Chile se creyó que no había habido ruptura. Parecería que treinta años de pseudoderecho anulan el no-derecho. Hay aún decretos ley mucho más graves que siguen vigentes, así como cuestiones problemáticas de la justicia militar.

XVI.b. Discusión

DONDÉ MATUTE se refirió a dos casos referidos en el informe preliminar. *La última tentación de Cristo* es mencionado brevemente sería interesante tratarlo con mayor profundidad, porque llevó a una reforma constitucional y ha sido tema recurrente en las discusiones. Del informe queda la sensación de que la reforma fue sencilla. El otro caso que le llamó la atención es el de *Palamara*, que reúne varios aspectos interesantes: por un lado el fuero militar, sobre el que en otras sentencias la Corte IDH fue muy restrictiva, pero no aquí. Además, cuando la ley habla de auto de procesamiento, la Corte IDH entre líneas criticó el proceso penal chileno en el fuero militar. A esto GUZMÁN DALBORA respondió que se hizo una reforma muy tímida, ya que los civiles no pueden ser llevados ante este fuero cuando son víctimas, pero sí si son acusados. Desde el gobierno de Michelle Bachelet se hizo un intento serio por modificar el fuero militar, explicó, pero hay sobrerrepresentación de intereses militares.

SIJNENSKY preguntó qué es lo que el Estado debe hacer cuando una amnistía se declara incompatible con la CADH. Es decir, ¿cuál es la solución jurídica más adecuada que permita garantizar que una ley de amnistía no siga representando un obstáculo para el juzgamiento y la sanción de los responsables de determinados hechos?, ¿es algo similar a lo discutido respecto de Uruguay? Esto también fue una

discusión en Argentina. La Corte IDH en *Gelman* dejó esta cuestión abierta a las medidas que se decida adoptar de acuerdo al derecho interno.

Otro aspecto destacable, señaló SIJNIENSKY, es que no hay argumentación o solicitud respecto de los decretos ley. Hay países en que emanan de autoridad constitucionalmente reconocida y otros países en que emanan del Poder Ejecutivo. En el caso de Panamá, *Vélez Loor*,¹⁰³ con base en un decreto ley se establecía pena de prisión para una persona que volviera al país después de ser deportada. La Corte IDH sostuvo que ninguna de las partes había presentado argumentos o elementos sobre si ese decreto ley era apto para contener una restricción de derecho, de modo tal que se abstuvo de entrar en esa discusión.

A esto dijo GUZMÁN DALBORA que en el caso *Carmelo Soria* la Corte Suprema rechazó reabrir el proceso en que había habido sobreseimiento en virtud de la amnistía.¹⁰⁴ La derogación de la ley es solo una forma de invalidarla; otra de esas posibles formas es la simple declaración de “esto es nulo”. El término *decreto ley* tiene distintas acepciones, por supuesto, aquí la referencia es a los decretos ley en sentido propio, es decir, dictados al margen de toda legitimidad. Es una pena, finalizó GUZMÁN, que la Corte IDH no trate esta cuestión problemática, porque implica precisamente juzgar el origen espurio de muchos actos.

HERENCIA, con respecto a la nulidad de los Decretos Ley, comentó que lo conversó con exmagistrados de la Corte IDH antes de que se dieran los casos de Brasil. La idea de la Corte IDH es que sería muy extremo tomar una posición sobre esta materia. Consideró HERENCIA que esto es contradictorio, porque hay sentencias, como *Almonacid Arellano*, en que realmente se exceden todos los parámetros. Por una parte, en medidas de reparación se ordenan reformas de Constitución, leyes, memoria institucional etcétera, pero, por otra parte, respecto de medidas concretas en que podría plantearse un proceso de reformas institucionales, la Corte IDH lo ha descartado de plano.

MARTÍNEZ VENTURA dijo, con relación a la observación de Guzmán Dalbora sobre esta suerte de declaración o reserva de Chile al aceptar la competencia de la

¹⁰³ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23 de noviembre de 2010.

¹⁰⁴ Corte Suprema, sentencia del 4 de junio de 1996. Sobre el caso hubo recomendación de la Com IDH, informe n.º 133/99, del 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH en 1991, que El Salvador hizo algo similar en 1995, solo para actos posteriores al depósito del instrumento o cuyo principio de ejecución fuera posterior. Incluso El Salvador se reservó el derecho de cesar la competencia en el momento en que lo considere oportuno.

XVII. DISCUSIÓN FINAL SOBRE COLOMBIA

Luego de agradecer el espacio brindado para compartir la discusión con el Grupo, GOEBERTUS planteó dos cuestiones finales. Existen riesgos para Colombia al seguir partiendo de la lógica del delito político, porque este es un concepto que ha sido muy reducido por la legislación y la jurisprudencia. Desde 1991 la Corte Constitucional fue delimitando el contenido de este delito y su autor —altruista, ideal republicano, ciudadano en contra de un régimen opresor, etcétera—, pero lo que eso generó es que estos conceptos empiezan a escapar a la realidad colombiana. Hoy parecería que casi nada es delito político, ni siquiera el delito en combate puede ser entendido como delito conexo a delito político. Solo el acto de portar armas ilegales, el uso de comunicaciones, el uso de insignias. ¿Cómo “encajar” el conflicto en la Constitución?

Por eso el acto legislativo propuesto como base para las negociaciones de paz trata de salirse de la lógica de los delitos políticos. Hay que concentrarse en los delitos más importantes y satisfacer de forma integral los derechos de las víctimas. La lógica de un proceso de transición (dejar las armas para pasar a la discusión democrática) requiere que el análisis jurídico no se limite a los delitos políticos. Señaló GOEBERTUS que la jurisprudencia de la Corte IDH nunca ha advertido que deban investigarse todos los delitos, sino que debe responderse a las víctimas con miras a la satisfacción de sus derechos en forma integral.

APONTE, finalmente, comentó que quienes se oponen al proceso de paz argumentan que aquellos con quienes se quiere negociar son actores que suponen una amenaza terrorista frente al orden democrático. La posición general es la existencia del conflicto armado: “hay asimetría jurídica porque tengo que sancionar, pero no es asimetría respecto del otro al que reconozco como enemigo”. Con el terrorista no se negocia, dijo; con el enemigo —simetría moral— puedo negociar. Esto estaría aceptado a nivel internacional y en ello se basa este proceso

de paz —aunque en el medio se deban considerar también los casos de narcotráfico y los casos de actos terroristas en contexto armado—. La base es que hay asimetría jurídica, pero una especie de simetría moral.

De esta manera se dio por cerrado el Encuentro interno del Grupo.