

Sistema interamericano de protección
de los derechos humanos
y derecho penal internacional

Grupo Latinoamericano de Estudios
sobre Derecho Penal Internacional

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Georg-August-Universität-Göttingen



Instituto de Ciencias Criminales - Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2013 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

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

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 90 No. 19C-74, piso 2

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

Twitter: KASiusLA

Facebook: KAS|Formando Justicia en América Latina

Editor responsable

Christian Steiner

Asistentes de edición

Nadya Hernández

Mariana Morales

Corrección de portugués

Paulo Baptista

Impreso en Colombia por Unión Gráfica Ltda. en septiembre de 2013

ISBN 978-95857456

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

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

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL...	15
PRESENTACIÓN	19
GLOSARIO DE SIGLAS	21
LA EFICACIA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA	
<i>por Pablo D. Eiroa</i>	25
IMPACTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO BOLIVIANO	
<i>por Elizabeth Santalla Vargas</i>	53
O BRASIL E A EXECUÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	
<i>por Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado e Maria Thereza Rocha de Assis Moura (IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)</i>	83
EL CASO DE CHILE	
<i>por José Luis Guzmán Dalbora</i>	135
SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO PÚBLICO INTERNO: AMPLIACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN EN EL CASO DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	
<i>por Alejandro Aponte</i>	165
EL IMPACTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE Y LA COMISIÓN INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA DE COSTA RICA	
<i>por Alfredo Chirino Sánchez</i>	197

CUMPLIMIENTO DE DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS POR LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

por Ramiro J. García Falconí 229

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LA CORTE Y DE LA COMISIÓN INTERAMERICANAS EN EL DERECHO PENAL DE LOS ESTADOS PARTES. INFORME DE EL SALVADOR

por Jaime Edwin Martínez Ventura 253

EFICACIA DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO PENAL Y PROCESAL PENAL EN ESPAÑA

por Alicia Gil Gil 277

INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

por Javier Dondé 303

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LA CORTE Y DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PARAGUAYO

por César Alfonso Larangeira 327

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PENAL PERUANO

por Dino Carlos Caro Coria 349

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PENAL DE URUGUAY

por Pablo Galain Palermo 399

VALOR DE LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITOS POR VENEZUELA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

por Juan Luis Modolell González 445

INFORME SOBRE EL IX ENCUENTRO DEL GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL - BOGOTÁ, 1-4 DE OCTUBRE DE 2012

por María Laura Böhm 463

LOS AUTORES 479

PRÓLOGO

Como reflejo de la constante contienda del ser humano por un mundo más justo, y contrarios a la tesis del fin de la historia, defendida por Francis Fukuyama, diversos escenarios de justicia transicional continúan ocupando y conmoviendo a la mayoría de las sociedades del mundo. América Latina no es, por supuesto, la excepción. De ello dan fe múltiples acontecimientos que la región ha vivido durante los últimos tiempos.

Así, en febrero de 2011, la Corte IDH condenó al Estado de Uruguay por el secuestro, tortura y desaparición forzada de María Claudia García de Gelman, por hechos ocurridos en 1976, en el marco de las operaciones de inteligencia policial y militar en las que estuvieron involucradas fuerzas armadas argentinas en colaboración con fuerzas de seguridad uruguayas. El proceso de implementación de esta sentencia, lejos de ser objeto de una valoración unánime, hasta hoy está causando turbulencias en la sociedad e institucionalidad uruguayas y ha motivado varios pronunciamientos del Gobierno, del Legislativo, del Poder Judicial y de la propia Corte IDH.

En Colombia, el presidente Juan Manuel Santos ha propiciado la promulgación de la histórica Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, que busca responder a las múltiples demandas que en este tema tiene el país, en razón de las más de cinco décadas de conflicto armado. Del mismo modo, el gobierno ha formalizado el “Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” con el grupo guerrillero más antiguo del continente, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC); proceso que en la actualidad sigue su curso, generando grandes expectativas, inquietudes y debates en el país y en el ámbito internacional, principalmente frente

a las dosis de verdad, justicia y reparación que la sociedad y el Estado están dispuestos a sacrificar para lograr la paz con los grupos guerrilleros.

En Perú, el presidente Ollanta Humala negó el indulto al expresidente Fujimori, condenado por graves violaciones de derechos humanos durante su mandato entre 1990 y 2000. Esta decisión creó importantes tensiones políticas que se enmarcan en todo un debate sobre el adecuado trato jurídico y político de la violencia ocurrida en el país durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, a causa de la lucha entre grupos terroristas y el Estado peruano. A su vez, las ejecuciones extrajudiciales cometidas en 1997 durante la operación de liberación de los rehenes tomados por integrantes del grupo Movimiento Revolucionario Túpac Amaru llegaron hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en marzo de 2011 dictó un informe que indignó a algunos y fue aplaudido por otros.

Por su parte, en agosto de 2012 tuvo lugar en Brasil el primer procedimiento para sancionar crímenes cometidos durante el régimen dictatorial (1964-1985), contra Sebastião Curió Rodrigues de Moura, por la desaparición forzada de integrantes de la guerrilla comunista Araguaia entre 1972 y 1975. En este juicio penal el juez Nair Pimenta de Castro argumentó el carácter continuado de los crímenes y, con ello, la no aplicabilidad de la Ley de Amnistía de 1979. Tal juicio se dio en un contexto particular en el que en Brasil aún diversos sectores e instituciones insisten en la validez de la Ley de Amnistía, a diferencia de sus vecinos, donde cientos de militares responsables ya han sido procesados por los crímenes cometidos durante las dictaduras. Al mismo tiempo, la Comisión de la Verdad de este país aclaró que su mandato se limitaba a investigar los crímenes cometidos por agentes del Estado durante la dictadura militar, y no los de opositores, lo que atrajo la crítica de oficiales militares en retiro preocupados por la generación de una “verdad parcial” de lo ocurrido en esta época.

Los hechos recientes en Argentina permiten señalar casos de condenas a integrantes de sus fuerzas militares y policiales con los que se eleva la cifra de procesados en este contexto a unos 400, de los cuales un cuarto recibieron condenas. Ejemplos de ello son las condenas a cadena perpetua de Emilio del Real, Luis Sosa y Carlos Marandino por parte del tribunal de Comodoro Rivadavia por la ejecución de 16 activistas políticos en 1972, hecho conocido como la Masacre de Trelew, y la condena del tribunal federal de Mendoza a varios policías y militares en retiro, por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura.

El caso chileno también se ha caracterizado por las discusiones en la esfera pública sobre el alcance de la asimilación del pasado dictatorial logrado en el país hasta el día de hoy. A ello se suma la insistencia del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU sobre la necesidad de asegurar que personas condenadas por desapariciones forzadas cumplan sus penas privativas de libertad. Es notable la reciente dinámica alrededor del 40.º aniversario del golpe de Estado bajo la responsabilidad de Augusto Pinochet Ugarte, que ha motivado a algunos actores políticos y al propio Poder Judicial del país a reconocer su responsabilidad por tolerar, no oponerse o incluso colaborar con el régimen dictatorial, cuando otros —cabe decirlo— afirman la legitimidad del golpe y defienden las medidas tomadas durante aquella época que evitan denominar dictadura.

En Centroamérica también se resaltan casos como el de El Salvador, al que la Corte IDH en diciembre de 2012 declaró responsable por la masacre de cerca de 1000 campesinos, cometida por las fuerzas militares de este país en el marco de operativos de contrainsurgencia, en virtud del conflicto armado interno ocurrido en este país entre 1980 y 1991 (*El Mozote*). La sentencia en cuestión tuvo voto concurrente del presidente del tribunal interamericano, Diego García Sayán, el cual podría entenderse como una modulación de la jurisprudencia de la Corte en materia de amnistías para casos de conflicto armado interno.

Asimismo, la Corte IDH condenó al Estado de Guatemala por la desaparición forzada de 26 personas, entre 1983 y 1985, señaladas por la inteligencia militar como “enemigos internos” (*Gudiel Álvarez y otros - “Diario Militar”*). Se resalta también la condena por un tribunal de alto riesgo de la Ciudad de Guatemala al exdictador Efraín Ríos Montt, por la masacre de 1771 mayas ixil durante los años ochenta, calificada por el tribunal como genocidio, en el contexto del conflicto armado que duró 36 años, causó la muerte de 200.000 personas y dejó 45.000 desaparecidos. Sin embargo, poco después de la condena, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca anuló el fallo por defectos procesales que, según esta institución, violaron el derecho de Ríos Montt a un debido proceso. Las valoraciones del proceso en contra de Ríos Montt dentro de Guatemala no podían ser más encontradas: mientras algunos sectores alegan que entorpece el camino hacia la paz, otros, sobre todo la mayoría indígena del país, todavía ampliamente marginalizada, considerarían la condena como *conditio sine qua non* para la reconciliación.

Como demuestran estos acontecimientos, gran parte de los países latinoamericanos siguen haciendo importantes esfuerzos para superar las secuelas de graves violaciones a los derechos humanos del pasado dictatorial, de guerras civiles y conflictos armados de larga duración.

Estas búsquedas de mecanismos que permitan dar justicia a las víctimas sin contrarrestar la consolidación democrática son procesos cargados siempre de emoción y a veces también de ideología. Es frecuente la argumentación en contra de medidas de investigación y reconocimiento de la verdad, reparación de las víctimas y persecución penal de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, alegando su incompatibilidad con los procesos de democratización y re establecimiento de la paz y cohesión social.

Puede ser cierto que en los momentos álgidos, previos a la transición de una dictadura a la democracia o previos a la firma de un tratado de paz, la capacidad de hacer concesiones a la parte enfrentada puede ser decisiva para pasar la página a un futuro en paz. Sin embargo, ha sido demostrado reiteradamente, mediante estudios y por la historia misma, que una pacificación forzada a costa de las víctimas y de la verdad proporciona una base endeble para la construcción de la paz. En este sentido, no existe, en realidad, una dicotomía entre la paz del presente y la justicia y verdad del pasado, sino, por el contrario, una estrecha relación de mutuo condicionamiento.

Encontrar un equilibrio sustentable para la paz (social) es una tarea delicada. En ella deben intervenir amplios sectores: naturalmente, las víctimas, los actores del conflicto y el gobierno, la academia, los tribunales, los medios de comunicación y la sociedad en general, mediante un debate público que sea capaz de forjar consensos y compromisos aceptables para todas las partes interesadas.

A falta de tal empresa conjunta integradora, el debate se suele reducir a la justicia retributiva, canalizada a través de los tribunales nacionales e internacionales, instancias que sí responden al individuo en la búsqueda de la justicia del caso concreto. Sin embargo, en las propuestas de solución, en clave de derechos humanos, ha sido la Corte Interamericana que, consciente de las limitaciones de la justicia penal, restringió la exigencia de una persecución penal a los crímenes más atroces, cuya impunidad pondría en entredicho la credibilidad y la misma existencia del Estado de derecho, exigiendo a los Estados otra serie de medidas propias de la justicia transicional, no menos necesarias y aptas para lograr el re establecimiento de la paz social: verdad, reconocimiento de los errores, reparación y garantías de no-repetición. Todo ello como condición para el

perdón y la reconciliación, o al menos para propiciar un estado de ánimo individual y colectivo que permita la mirada hacia adelante.

El trato que deben recibir los responsables de crímenes cometidos por agentes del Estado —o con su apoyo, beneplácito y aquiescencia— es, a su vez, un reto para el Estado de derecho, en el que las autoridades, la sociedad y las víctimas tienen que poner a prueba su compromiso con los valores y principios que subyacen a la democracia. Es ahí donde entran en contienda el interés de la sociedad y las víctimas de no dejar impunes determinados crímenes, por un lado, y, por el otro, los derechos del imputado, como el de recibir un debido proceso o gozar de la presunción de inocencia.

En ausencia de una adecuada protección de los intereses y derechos de las víctimas de las dictaduras y guerras civiles del continente, la Corte IDH encaminó una jurisprudencia contundente en la que ordenaba no solamente medidas de esclarecimiento de la verdad, reconocimiento de responsabilidades y reparaciones, sino también la persecución penal de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, declarando nulas —por ser contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos— las leyes de amnistía (pos)dictatoriales. Mientras que en algunos casos dicha jurisprudencia significaba el impulso requerido para enfrentar tareas pendientes de la justicia transicional, en otros los Estados consideraron inoportuna la intervención internacional por estimar que podría volver a abrir heridas del pasado que apenas se estaban curando por el curso del tiempo.

La complejidad de las múltiples situaciones posconflicto del continente, con soluciones más o menos legitimadas democráticamente, aunque por lo general sin una participación significativa de las víctimas, requiere de salidas no menos diferenciadas que ponderen, sin eclipsar ninguno, los intereses en juego. Los ejemplos expuestos más arriba sirven de testimonio de un proceso en pleno desarrollo, que gracias a la consolidación de las democracias y el Estado de Derecho en gran parte del continente está buscando caminos cada vez más integradores y sustentables.

Más allá de los traumas individuales, las memorias colectivas de pueblos o comunidades que sufrieron graves violaciones de sus derechos son muy sensibles a la manera en la que el resto de la sociedad, y el Estado en representación de esta, se posiciona ante tales hechos. Mientras que el conjunto de instrumentos de la justicia transicional hoy en día está al alcance de cualquier sociedad en transición, su aplicación en cada lugar y momento de la historia requiere una respuesta muy medida a las circunstancias concretas.

Para contribuir a la construcción de respuestas adecuadas, con la presente publicación, el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer entregan el tercer tomo de esta serie, dedicada a las tensiones y complementaciones entre el derecho penal internacional y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Como en los primeros dos volúmenes, este esfuerzo colectivo se realiza con un ánimo constructivo de apoyar a las instancias nacionales e internacionales en su labor de promover una efectiva y equilibrada protección de los derechos humanos como fundamento de Estado democrático y social de derecho.

Christian STEINER
Director
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania) fue establecido el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Este grupo, que trabaja conjuntamente desde enero de 2002, cuenta actualmente con miembros de trece países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y otros expertos de Alemania, España e Italia.

Su objetivo principal es el estudio y análisis del derecho penal internacional, especialmente en el ámbito latinoamericano.

Sus integrantes se mantienen regularmente en contacto e informan cuatrimestralmente sobre el estado del proceso de implementación del Estatuto de Roma, así como sobre cualquier otro asunto de relevancia para el derecho penal internacional ocurrido en sus respectivos países.

Hasta el momento, el Grupo de Estudios ha finalizado ocho investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

- *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003. Existe una versión reducida en portugués, *Persecução Penal na América Latina e Espanha*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), San Pablo: IBCCrim, 2004.

- *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007; reimpresso en Bogotá: Temis, 2008 (Ambos y Malarino [eds.]).
- *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008; reimpresso en Bogotá: Temis, 2008 (Ambos y Malarino [eds.]).
- *Justicia de transición en América Latina.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009; reimpresso en Bogotá: Temis, 2010 (Ambos y Malarino [eds.]).
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, tomo I. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, tomo II. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.

En la reunión de Bogotá, desarrollada entre los días 1 y 4 de octubre de 2012, el Grupo discutió los trabajos que constituyen su novena obra, aquí presentada: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo III.

La composición del grupo es actualmente la siguiente:

Coordinadores académicos

Prof. Dr. Kai Ambos, juez del Landgericht (Alemania)

Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina)

Asistente de coordinación académica

Dra. María Laura Böhm (Alemania-Argentina)

Coordinador institucional

Dr. Christian Steiner (Fundación Konrad Adenauer)

Asistente de coordinación institucional

Mtra. Mariana Morales (Fundación Konrad Adenauer)

Referentes latinoamericanos

Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia)

Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú)

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica)

Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay)

Dr. Ramiro García (Ecuador)

Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán (Chile)

Mág. Salvador Herencia (Perú)

Mág. César Alfonso Larangeira (Paraguay)

Lic. Jaime Martínez Ventura (El Salvador)

Prof. Dr. Juan Luis Modolell (Venezuela)

Mág. Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil)

Prof. Dr. Javier Dondé (México)

Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina)

Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil)

Mág. Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia)

Prof. Dr. Marcos Zilli (Brasil)

Referentes internacionales

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España)

Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia)

Referente de la Corte Penal Internacional

Julieta Solano (Colombia)

PRESENTACIÓN

En esta obra presentamos los resultados de la tercera parte de la investigación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional referida a la relación entre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

El libro analiza en particular la influencia de las decisiones de la Corte y de la Comisión interamericanas sobre el sistema penal de los Estados parte. Con *decisiones* no nos referimos a la *jurisprudencia* de estos órganos, sino a lo ordenado por ellos al término del respectivo procedimiento internacional, esto es, a lo ordenado por la Corte como reparación en un caso contencioso basado en una petición o comunicación (parte resolutiva de la sentencia), lo aconsejado por ella en una opinión consultiva o lo recomendado por la Comisión al término de un informe según los artículos 50 y 51 de la Convención Americana.

Objeto del proyecto fue investigar si los Estados cumplen con las decisiones de estos órganos y qué efectos han tenido tales decisiones sobre el derecho penal o, más en general, sobre el sistema penal de los Estados parte. Con este fin, la investigación también se ha ocupado de si, según el derecho interno, existe un deber de las autoridades estatales de cumplir las decisiones de los órganos interamericanos y cómo se solucionan eventuales problemas entre lo ordenado por estos órganos y normas constitucionales que eventualmente se opongan a dicho cumplimiento.

Los catorce trabajos individuales que aquí se publican han sido expuestos y discutidos en el seminario internacional *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional (tercer encuentro)*, organizado por el Programa

Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität de Alemania y la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. El seminario fue llevado a cabo en la ciudad de Bogotá entre los días 1 y 4 de octubre de 2012. Un resumen del desarrollo del seminario se incluye al final del libro.

Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la ciudad de Bogotá, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que, desde el año 2002, presta para la consolidación de este Grupo de estudios. Especialmente agradecemos a su director, el Dr. Christian Steiner. En segundo lugar, al Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität de Alemania y a la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, por haber colaborado con la organización y financiación del seminario de discusión. En tercer lugar, a Oscar Parra y Romina Sijniensky, ambos abogados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su participación y valiosas contribuciones en la discusión de los trabajos durante el seminario. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), Elizabeth Santalla (Bolivia), Carlos Caro (Perú), Alfredo Chirino (Costa Rica), Marcos Zilli (Brasil), Javier Dondé (México), Pablo Galain (Uruguay), Ramiro García (Ecuador), Alicia Gil (España), Fabíola Girão Monteconrado (Brasil), José Luis Guzmán (Chile), Salvador Herencia (Perú), Jaime Martínez (El Salvador), Juan Luis Modolell (Venezuela), Maria Thereza Moura (Brasil) y Elisabeth Santalla (Bolivia). También agradecemos a María Laura Böhm (Argentina-Alemania) por la redacción del resumen del seminario.

Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO
Göttingen, julio de 2013

GLOSARIO DE SIGLAS

ADC	ação direta de constitucionalidade	CIE	Comisión Interinstitucional Ejecutiva
ADCT	ato das disposições constitucionais transitórias	CIGCLH	Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad
ADI	ação direta de inconstitucionalidade	CIJ	Corte Internacional de Justicia
ADPF	arguição de descumprimento de preceito fundamental	CIMEE	Comando de Institutos Militares de Enseñanza del Ejército
AI	agravo de instrumento	CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
ATC	auto del Tribunal Constitucional	CN	Constitución Nacional
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>	CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos Convenção Americana de Direitos Humanos	Com IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CC	Corte Constitucional	CONAVIM	Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres
CCJC	Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania	Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte Interamericana de Direitos Humanos
CCSS	Caja Costarricense de Seguro Social	CP	Constitución Política Carta Política Código Penal
CE	Constitución española	CPC	Código Procesal Constitucional Código de Proceso Civil Código de Processo Civil
CEDAW	Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	CPE	Constitución Política del Estado
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos	CPI	Corte Penal Internacional
CEJIL	Center for Justice and International Law Centro pela Justiça e Direito Internacional	CPJ	Corte Permanente de Justicia
CEMDP	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos	CPP	Código Procesal Penal Código de Proceso Penal Código de Procedimiento Penal Código de Processo Penal
CF	Constituição Federal		
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas		

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CPSDG	Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio	IELSUR	Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay
CR	Constitución de la República	ISAI	Inserción Social para Adolescentes
CSJ	Corte Suprema de Justicia		Infractores
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación	IUE	Identificación Única de Expedientes
CTOTPCID	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	KAS	Konrad-Adenauer Stiftung Fundación Konrad Adenauer
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	LAIP	Ley de Acceso a la Información Pública
DFP	desaparición forzada de personas	LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
DIDH	derecho internacional de los derechos humanos	LO	ley orgánica
DIH	derecho internacional humanitario	LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
DIJIN	Dirección de Investigación Criminal e Interpol	MC	medida cautelar
DL	decreto-ley	MP	magistrado ponente
DOF	<i>Diario Oficial de la Federación</i>	MPF	Ministério Público Federal
DS	decreto supremo	MST	Movimento dos Trabalhadores Sem Terra
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos	NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
EC	emenda constitucional	OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional (ER)	OACDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
ER	Estatuto de Roma (ECPI)	OEA	Organización de los Estados Americanos
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia	ONU	Organización de las Naciones Unidas
FEBEM	Fundação Estadual do Bem Estar do Menor	PEC	propuesta de emenda constitucional
FIV	fecundación <i>in vitro</i>	PGN	Procuración General de la Nación
FJ	fundamento jurídico	PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
FUSADES	Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social	PIDHDCP	Pacto Internacional y Protocolos Adicionales sobre Derechos Humanos y Derechos Civiles y Políticos
GG	Grundgesetz Constitución alemana	PIR	Plan Integral de Reparaciones
GIZ	Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit Agencia Alemana para la Cooperación Técnica	PL	projeto de lei
HC	hábeas corpus	PLC	projeto de lei da Câmara
HRW	Human Rights Watch	PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
IASES	Instituto de Atendimento Socioeducativo do Estado do Espírito Santo	RE	recurso extraordinário
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais	SCJ	Suprema Corte de Justicia de la Nación
ICTJ	Internacional Center for Transitional Justice	SCJN	Secretaria Especial de Direitos Humanos
		SEDH	Servicio de Información y Defensa
		SID	sistema interamericano de derechos humanos
		SIDH	sentencia del Tribunal Constitucional
		STC	sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
		STEDH	

STF	Supremo Tribunal Federal	TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)	TRF	Tribunal Regional Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça	TS	Tribunal Supremo
StPO	Strafprozessordnung (Código Procesal Penal alemán)	ULACIT	Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología
TC	Tribunal Constitucional	UNIS	Unidade de Internação
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos	USD	Socioeducativa
TJ/CE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará	VPR	dólares estadounidenses
			Vanguarda Popular Revolucionária

LA EFICACIA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA

Pablo D. Eiroa

RESUMEN. El trabajo se encamina a ilustrar, en primer lugar, la eficacia de las recomendaciones de la Com IDH y de las decisiones de la Corte IDH en Argentina. Al repasar esa eficacia, busca también poner de manifiesto los principales obstáculos que existen en el país para cumplir con aquellas recomendaciones y decisiones. En particular, analiza críticamente la posición asumida por la Corte Suprema nacional en aquellos casos en los que debió pronunciarse acerca de la obligatoriedad para el Estado de lo resuelto por tales órganos interamericanos. Por último, brinda motivos para evaluar si, de acuerdo con el orden jurídico local, los jueces argentinos deben cumplir en todo caso con lo recomendado u ordenado al Estado por los mismos órganos y si es conveniente que, de ser necesario, se reforme ese orden jurídico para permitirlo.

Palabras clave: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, eficacia y obligatoriedad de las recomendaciones y sentencias de la Corte IDH, Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

ABSTRACT. This paper aims to illustrate, in the first place, the effectiveness in Argentina of the recommendations of the Inter-American Commission on Human Rights and the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. In reviewing this effectiveness, it also seeks to show the main obstacles in the country for compliance with those recommendations and decisions. In particular, it provides a critical analysis of the position adopted by the national Supreme Court in cases where it had to decide whether the rulings made by those Inter-American entities were binding on the State. Finally, it provides reasons for assessing whether according to the local legal system, Argentine judges should always comply with the orders or recommendations made by those entities to the State, and whether it is necessary and convenient to reform the legal system to allow this compliance.

Keywords: Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, effectiveness and binding nature of the recommendations and judgments of the Inter-American Court of Human Rights, Argentina, Supreme Court of Justice of Argentina.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag will in erster Linie die Wirkung der Empfehlungen der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte und der Entscheidungen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Argentinien darstellen. Im Rahmen der Untersuchung ihrer Wirkung sollen zugleich die Haupthindernisse dargestellt werden, die einer Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen entgegenstehen. Kritisch analysiert wird insbesondere die Auffassung, welche der Oberste Gerichtshof Argentiniens zu der Frage vertreten hat, inwiefern Entscheidungen der genannten interamerikanischen Organe den Staat rechtlich binden. Abschließend werden die Fragen erörtert, ob die argentinischen Richter in jedem Einzelfall zur Umsetzung der von den Organen ausgesprochenen Empfehlungen und Vorgaben an den Staat verpflichtet sind und ob es angemessen wäre, gegebenenfalls Änderungen an der bestehenden Rechtsordnung vorzunehmen, um eine Umsetzung zu ermöglichen.

Schlagwörter: Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Wirkung und Verbindlichkeit der Empfehlungen und Urteile des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Argentinien, Oberster Gerichtshof von Argentinien.

1. Introducción

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos no prevé mecanismos propios de ejecución de las recomendaciones y decisiones de sus órganos de promoción, interpretación y aplicación de sus normas, es decir, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante, Com IDH y Corte IDH, respectivamente). Por lo tanto, la eficacia de tales recomendaciones y decisiones depende de que los Estados partes aseguren su cumplimiento en sus respectivas jurisdicciones.

En este trabajo intentaré mostrar la experiencia de Argentina a ese respecto. En primer lugar, analizaré el plano normativo, con el objetivo de determinar si el ordenamiento local establece la obligatoriedad de cumplir con las recomendaciones de la Com IDH y las decisiones de la Corte IDH. En segundo lugar, me referiré a los efectos que tuvieron en el país algunas de esas recomendaciones y decisiones, y trataré de identificar las razones por las cuales se las cumple, si es que se lo hace, y cuáles son los obstáculos para ello.

En particular, me concentraré en la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN).

2. El carácter de las recomendaciones de la Com IDH y las decisiones de la Corte IDH desde el punto de vista del derecho nacional

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) fue aprobada mediante la ley 23.054¹ y ratificada por el presidente de la República el 14 de agosto de 1984, fecha en la que entró en vigencia para el país (artículo 74.2 de la CADH). La reforma constitucional de 1994 le otorgó jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22), por lo que la CADH integra lo que se conoce actualmente como el *bloque de constitucionalidad* federal, es decir, la Constitución argentina y los tratados internacionales con tal jerarquía.²

El texto constitucional de 1853-1860 ya otorgaba a los tratados el carácter de “ley suprema de la Nación”, junto con la Constitución y las leyes federales, por lo que las leyes locales debían adecuarse a ellos (artículo 31), pero ese texto no aclaraba la relación entre la Constitución y los tratados.³

La reforma de 1994 parece haber resuelto la cuestión, pues establece expresamente que algunos tratados tienen jerarquía superior a las leyes, mientras que otros sobre derechos humanos, ya aprobados a la fecha de la reforma y mencionados expresamente,⁴

¹ Sancionada el 1.3.1984, promulgada el 19.3.1984 y publicada el 27.3.1984. La Constitución argentina establece que es facultad del presidente de la República concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras (artículo 99, inciso 11), pero esos tratados deben ser aprobados luego por el Congreso nacional. La sanción de la ley de aprobación no requiere mayoría calificada (artículo 75, inciso 22).

² Así lo ha definido la CSJN en varios precedentes. Cf., por ejemplo, *Verbitsky*, de 3.5.2005 (publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* [en adelante, *Fallos*], t. 328, pp. 1146 ss.) y *Martínez Areco*, de 25.10.2005 (*Fallos*, t. 328, pp. 3741 ss.).

³ Cf. Mónica Pinto: “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Víctor Abramovich y otros (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, pp. 119-152, esp. pp. 121-123.

⁴ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra

como la CADH, tienen jerarquía constitucional, así como los que se aprueben en el futuro respecto de la misma materia y se les otorgue esa jerarquía con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras (artículo 75, inciso 22).⁵

La diferencia práctica entre la distinta jerarquía de los tratados residiría en que los primeros, o sea, los que tienen jerarquía superior a las leyes ordinarias, podrían ser sometidos al control de constitucionalidad desde la perspectiva del derecho interno.⁶ Esa diferencia surgiría del texto de la Constitución, donde establece que los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (artículo 75, inciso 22). “Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”.⁷

En síntesis, la CADH es parte del derecho interno argentino y tiene jerarquía constitucional, es decir, debe prevalecer sobre las leyes.

Por otro lado, en la misma ley de aprobación de la CADH, Argentina reconoció la competencia de la Com IDH y de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de sus normas (artículo 2). Sin embargo, no existe ninguna norma de origen nacional que establezca la modalidad de cumplimiento ni la obligatoriedad de

la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵ De acuerdo con esa disposición, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas adquirió jerarquía constitucional mediante la ley 24.820 (publicada en el *Boletín Oficial* de 29.5.1997) y también la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la ley 25.778 (publicada en el *Boletín Oficial* de 9.9.2003).

⁶ El artículo 27 de la Constitución exige expresamente que los tratados suscritos por el Gobierno federal estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en ella.

⁷ Considerando 12 del voto de la mayoría de la CSJN en el precedente *Chocobar*, de 27.12.1996 (*Fallos*, t. 319, pp. 3241 ss.). La misma afirmación no podría valer respecto de los tratados que adquirieran jerarquía constitucional con posterioridad a la reforma de 1994, al menos si se considera que esa jerarquía les sería otorgada por el Congreso y no por los “constituyentes”, los cuales, por consiguiente, no efectuarían tal control previo de constitucionalidad. Y solo los tratados incorporados a la Constitución por aquellos, en cuanto poder constituyente, podrían sustraerse al control de constitucionalidad que ejercen los jueces. Parece que lo contrario implicaría admitir que la Convención constituyente de 1994 modificó el procedimiento de reforma de la Constitución, lo cual habría sido ilegítimo, pues la ley que sancionó la necesidad de esa reforma no lo previó entre las materias a modificar (cf. ley 24.309, aprobada el 29.12.1993 y publicada el 31.12.1993). La Constitución argentina establece que su texto solo puede ser reformado por una Convención convocada a tal efecto, previa sanción de ley del Congreso que declare la necesidad de la reforma mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros (artículo 30).

las recomendaciones de la Com IDH ni de las decisiones de la Corte IDH, por lo cual, en lo que se refiere al orden jurídico federal argentino, se debería recurrir a las normas previstas en la CADH a ese respecto.

Como es sabido, la CADH parece no dejar dudas en lo que se refiere a las decisiones de la Corte IDH: los Estados signatarios —prevé expresamente— “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” y “[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado” (artículo 68, incisos 1 y 2).

Por el contrario, las normas de la CADH serían menos claras en lo que respecta a las recomendaciones de la Com IDH. Pues, por un lado, el artículo 51.2 establece que, cuando el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte IDH, la Com IDH hará las “recomendaciones” pertinentes y fijará un plazo para su cumplimiento, por lo que el uso del término *recomendaciones*, al tener en cuenta su sentido literal y corriente, parece no implicar obligación. Sin embargo, el mismo artículo 51.2 expresa luego que el Estado “debe” tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada, y dado que el término *debe* sí parece implicar obligación, la disposición podría generar posiciones divergentes.

A continuación trataré de dar cuenta de los efectos de algunas de las recomendaciones dirigidas al Estado argentino por la Com IDH y de algunas de las decisiones de la Corte IDH en casos en los que aquel fue parte. Mediante ese análisis intentaré mostrar el grado de eficacia de tales recomendaciones y decisiones en el ámbito interno, y cuáles son los obstáculos para su cumplimiento. A su vez, buscaré identificar qué sostiene, en particular, la CSJN acerca de si existe o no la obligación de cumplirlas.

3. La eficacia de las recomendaciones de la Com IDH

En el Informe 28/92⁸ la Com IDH concluyó que las leyes 23 492⁹ y 23 521¹⁰ (conocidas como Punto Final y Obediencia Debida, respectivamente) y el decreto 1002/89,¹¹

⁸ Informe de fondo de 2.10.1992.

⁹ Sancionada el 23.12.1986 y publicada en el *Boletín Oficial* de 29.12.1986.

¹⁰ Sancionada el 8.6.1987 y publicada en el *Boletín Oficial* de 9.6.1987.

¹¹ Emitido el 6.10.1989 y publicado en el *Boletín Oficial* de 10.10.1989.

que impedían la persecución y sanción de los responsables de los crímenes cometidos durante la última dictadura militar (1976-1983), eran incompatibles con los artículos 1, 8 y 25 de la CADH, por lo que recomendó al Estado argentino otorgar a las víctimas una justa compensación y adoptar las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante ese período.

El eventual reclamo judicial encaminado a que el Estado cumpla con lo recomendado, habría podido encontrar un fuerte obstáculo: antes de tal informe, la CSJN había rechazado la pretensión de las víctimas del terrorismo de Estado de obtener reparaciones, al considerar prescritas las acciones iniciadas tras el restablecimiento de la democracia,¹² y también había declarado la validez de las leyes y el indulto cuestionados.¹³

Sin embargo, la administración estatal llevó a cabo una política de reparaciones que comenzó a implementar en octubre de 1986 con la aprobación de la ley 23 466,¹⁴ mediante la cual otorgó una pensión para los derechohabientes de las personas desaparecidas. En abril de 1990 emitió el decreto 798/90, mediante el cual autorizó la creación de una comisión *ad hoc* para redactar un proyecto de ley compensatoria para quienes hubieran sido detenidos sin orden judicial, y en enero de 1991, mediante el decreto 70/91, estableció una indemnización para las personas que hubieran demostrado haber sido detenidas por orden del Poder Ejecutivo durante el gobierno militar y hubieran iniciado una acción judicial antes del 10 de diciembre de 1985. En noviembre de 1991 el Congreso aprobó la ley 24 043,¹⁵ que prevé una reparación patrimonial para las personas que estuvieron detenidas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o por orden emanada de tribunales militares dentro del período comprendido entre el 6 de noviembre de 1974, fecha en que se declaró el estado de sitio, y el 10 de diciembre de 1983, cuando se restableció la democracia. Posteriormente se dictaron otras leyes que, por un lado, prorrogaron el plazo previsto en aquella para solicitar la indemnización¹⁶ y, por otro lado, extendieron sus alcances.¹⁷

¹² Cf., por ejemplo, el precedente Olivares, de 16.8.1988 (*Fallos*, t. 311, pp. 1490 ss.).

¹³ *Fallos Camps*, de 22.6.1987 (*Fallos*, t. 310, pp. 1162 ss.) y *Riveros* de 11.12.1990 (*Fallos*, t. 313, pp. 1192 y ss).

¹⁴ Sancionada el 30.10.1986 y publicada en el *Boletín Oficial* de 16.2.1987.

¹⁵ Sancionada el 27.11.1991 y publicada en el *Boletín Oficial* de 2.1.1992.

¹⁶ La última es la 26521, publicada en el *Boletín Oficial* de 16.10.2009, que prorrogó por dos años, a partir de esa fecha, el período dispuesto para solicitar la indemnización.

¹⁷ La ley 24411, publicada en el *Boletín Oficial* de 3.1.1995, establece un beneficio para los causahabientes de personas desaparecidas o muertas como consecuencia del accionar represivo con anterioridad al 10 de diciembre de 1983.

No se advierten elementos que permitan afirmar la influencia del Informe 28/92 en esa política. Ya a fines de la década del ochenta, un grupo de quienes luego resultarían indemnizados por el Estado argentino había recurrido a la Com IDH para denunciar que los fallos de la CSJN antes recordados, mediante los cuales se les había cerrado el camino para reclamar reparaciones, resultaban violatorios de los artículos 8 y 25 de la CADH. Y el asunto se resolvió de forma amistosa, en cuanto el gobierno, en mayo de 1990, informó a la Com IDH que estaba dispuesto a compensar a los reclamantes y, con posterioridad, fueron aprobados los decretos mencionados y la ley 24 043, que conformaron las pretensiones de aquellos.¹⁸

Tampoco se observa la influencia del Informe 28/92 en los fallos de la CSJN que, tras la conclusión de tal solución amistosa, se pronunciaron sobre el tema. Ellos se basan, por el contrario, en la aplicación de las leyes internas.¹⁹ A lo sumo se observa una mención al compromiso asumido por el Estado ante la Com IDH,²⁰ que no pudo estar influido, según lo expuesto, por el informe en cuestión.

En lo que respecta a la segunda recomendación (esclarecer los hechos e individualizar a los responsables), esta no habría ejercido ninguna influencia en el establecimiento en el país de los llamados *juicios de la verdad*.²¹ Su antecedente sería otro. Tras la denuncia de la madre de una mujer desaparecida durante la última dictadura, quien alegó la violación de los derechos a la verdad y al duelo (derivados, en su opinión, de los artículos 8.1 y 25 de la CADH) y, en consecuencia, también del artículo 1.1 de la CADH, a causa de las leyes y el indulto cuestionados, la Com IDH convocó al Estado argentino y el asunto se resolvió amistosamente. El gobierno aceptó la existencia del

¹⁸ Cf. informe de solución amistosa 1/93 de 3.3.1993.

¹⁹ Cf. Leonardo Filippini: "Los informes finales de la Comisión Interamericana en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", en Abramovich y otros (comps.), o. cit., pp. 153-189, esp. pp. 164-165.

²⁰ La mención la hace el entonces procurador general Bécerra en el tercer apartado de su dictamen, al que remitió la CSJN en el precedente *Oharriz* de 26.8.2003 (*Fallos*, t. 326, pp. 3032 ss.) Sostuvo ese procurador: "[...] cabe recordar que la ley 24411 se integra a un plexo normativo constituido por las leyes 24043, 24321, 24436, 24499 y 24823, que tuvieron por fin materializar la decisión política adoptada por el Poder Ejecutivo Nacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de propiciar la sanción de una ley especial que contemple y dé satisfacción, por razones de equidad, a quienes habían sufrido privaciones de libertad arbitrarias durante el último estado de sitio y la muerte o desaparición forzada, evitando el riesgo de que nuestro país fuera sancionado internacionalmente por violación al artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante ley 24054".

²¹ Sobre este tema, véanse Daniel R. Pastor: "¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina", en Pablo D. Eiroa y Juan M. Otero (comps.): *Memoria y derecho penal*, número monográfico de la revista *¿Más derecho?*, Buenos Aires: Fabián di Placido, 2007, pp. 325-400; y Elena Maculan: "Prosecuting International Crimes at National Level: Lessons from the Argentine 'Truth Finding Trials'", en *Utrecht Law Review*, vol. 8, n.º 1, 2012, pp. 106-121.

derecho a la verdad, que se definió como el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento de lo sucedido con las personas desaparecidas, y se comprometió a garantizar que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país tuvieran competencia exclusiva en todos los casos para averiguar esa verdad, pese a la imposibilidad de perseguir penalmente a los responsables de los hechos.²² En ningún momento del trámite por ante la Com IDH se invocó el Informe 28/92.

En cambio, tal recomendación habría ejercido cierta influencia en los fallos de la CSJN que, varios años después, declararon la inconstitucionalidad de las leyes y el indulto cuestionados.²³ El Informe 28/92, en efecto, es mencionado en apoyo de la decisión en los votos de algunos de los jueces,²⁴ pero la recomendación de la Com IDH no habría sido el argumento decisivo en ninguno de los dos fallos, sino aquel según el cual, de acuerdo esencialmente con la jurisprudencia de la Corte IDH, el Estado argentino habría violado su obligación de investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos (*Velázquez Rodríguez*, serie C, n.º 4, de 29.6.1988), que a su vez implicaría el argumento novedoso de la prohibición de dictar cualquier legislación, como los indultos o las amnistías, que tuviera por efecto sustraer a las víctimas de esos hechos de protección judicial, pues ello violaría los artículos 8 y 25 de la CADH (*Barrios Altos*, serie C, n.º 45, de 14.3.2001).

En el Informe 30/97²⁵ la Com IDH declaró responsable al Estado argentino por la violación de las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25, en relación con el 1.1 de la CADH), por cuanto los tribunales locales habían rechazado el recurso del exjuez Gustavo Carranza Latrubesse mediante el cual reclamaba la anulación de un decreto emitido por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Chubut, durante el último gobierno de facto, que lo removió de su cargo, y una compensación por los daños materiales y morales resultantes. Su caso había sido declarado “no justiciable” por el Superior Tribunal de esa provincia y esta decisión fue confirmada por la CSJN, la cual desestimó el asunto por falta de fundamentación suficiente.²⁶ La Com IDH recomendó a Argentina indemnizar adecuadamente al peticionario.

²² Cf. informe de solución amistosa 21/00, caso 12059, de 29.2.2000.

²³ Cf., respectivamente, fallos *Simón*, de 14.6.2005 (*Fallos*, t. 328, pp. 2056 ss.), y *Mazzeo*, de 13.7.2007 (*Fallos*, t. 330, pp. 3248 ss.).

²⁴ Cf. considerandos 20 del voto del juez Petracchi, 74 del voto del juez Maqueda y 26 del voto de la jueza Highton de Nolasco en *Simón*, y 24 del voto de la mayoría en *Mazzeo*.

²⁵ Informe de fondo, caso 10087, de 30.9.1997.

²⁶ Cf. considerandos 1 a 5 del informe citado en la nota anterior.

Ante la falta de cumplimiento de esa recomendación, el exjuez ocurrió ante la CSJN, mediante acción declarativa de certeza, para que ese tribunal afirmara que era el Estado nacional, y no el provincial, el responsable de cumplir con el informe de la Com IDH y el que, en consecuencia, debía indemnizarlo, sin perjuicio de que este Estado pudiera luego accionar contra el provincial. La CSJN entendió que no debía pronunciarse puesto que en el caso no había un conflicto entre el Estado nacional y una provincia que justificara su intervención (artículo 117 de la Constitución), en cuanto “sólo el Estado Nacional, y ningún otro en su lugar, como Estado parte de la convención, es quien debe valorar el reclamo que se realiza y, en su caso, cumplir con los deberes inherentes a esa calidad”, por lo que resultaba “el destinatario natural de la recomendación”.²⁷

Resuelta esa cuestión, el Estado nacional, demandado por Carranza Latrubesse, fue condenado al pago de una indemnización, con base en el Informe 30/97. Y el caso volvió a llegar a la CSJN a raíz de la impugnación del condenado y del propio Carranza Latrubesse, disconforme con los alcances de la reparación establecida. En lo que aquí interesa, el Estado nacional sostuvo que el informe de la Com IDH no era obligatorio para Argentina. Por un lado, afirmó que no hay ninguna norma que obligue a los Estados partes a acatar de manera automática y acrítica las recomendaciones de la Com IDH, y, por otro lado, que estas, de acuerdo con precedentes de la Corte IDH que citó en su apoyo, no tienen el carácter de decisión jurisdiccional imperativa, por lo que resulta totalmente improcedente que el Estado nacional tenga que cumplir una recomendación de forma compulsiva.²⁸

La CSJN no se ha pronunciado en el caso a la fecha de conclusión de este trabajo. En cambio, sí lo hizo la Procuración General de la Nación (en adelante, PGN), en términos que resultan de interés para dilucidar si las recomendaciones de la Com IDH son obligatorias para el Estado argentino.

La PGN analizó el asunto desde el punto de vista del derecho y la jurisprudencia interamericanos, y desde el punto de vista del derecho interno. Y la respuesta, en ambos casos, fue negativa.

Desde el primer punto de vista, afirmó que si las recomendaciones de la Com IDH fueran obligatorias, entonces no tendría ningún sentido el artículo 51.1 de la CADH en

²⁷ Fallo Carranza Latrubesse, de 12.3.2002 (*Fallos*, t. 325, pp. 380 ss.).

²⁸ Esta reseña de los antecedentes del caso fue efectuada con base en el dictamen de la Procuración General de la Nación, emitido en el expediente C 594, XLIV, de la CSJN, el 1.9.2009; publicado en Internet: http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2009/ERighi/septiembre/Carranza_Latrubesse_Gustavo_C_594_L_XLIV.pdf (25.9.2012).

cuanto permite a la Com IDH someter un caso a la Corte IDH. Se preguntaba, en efecto, el entonces procurador Righi:

[...] ¿qué interés tendría la Comisión Interamericana en someter un caso a conocimiento de la Corte Interamericana —y cuál sería la finalidad del sistema en que lo haga— si sus recomendaciones ya tuvieran los mismos efectos vinculantes que las sentencias contenciosas de este tribunal? ¿Qué sentido tendría que se autorice a la Comisión a someter un asunto a la Corte si ella misma ya pudiera, a través de recomendaciones, imponer reparaciones con carácter obligatorio para el Estado?

Además, recordó que la Corte IDH, a partir del precedente *Loayza Tamayo*,²⁹ estableció el deber de los Estados de tener en cuenta y realizar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Com IDH, pero no ha llegado a equiparar los efectos de estas con los de sus sentencias contenciosas, por lo que pareciera mantener su tesis afirmada en precedentes anteriores,³⁰ en los que expresamente había establecido las diferencias entre una recomendación, en los términos del artículo 51 de la CADH, y una sentencia contenciosa, en los términos de los artículos 63 y 68 de la CADH.

Desde el otro punto de vista (el del derecho interno), el entonces procurador Righi se apoyó en la ausencia de normas de origen nacional que establecieran la obligatoriedad de las recomendaciones de la Com IDH y negó que la CSJN les hubiera reconocido ese carácter.

Es importante, entonces, recordar lo expuesto por este tribunal con relación a los alcances del Informe 55/97 de la Com IDH,³¹ donde Argentina fue declarada responsable de violar los derechos a la vida (artículo 4 CADH), a la integridad personal (artículo 5.2 CADH), a impugnar el fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior (artículo 8.2.h CADH) y a un recurso sencillo y efectivo para la protección de los derechos (artículo 25.1 CADH).

El caso se refiere a los hechos ocurridos el 23 y el 24 de enero de 1989 en el cuartel militar del Regimiento de Infantería Mecanizada N.º 3 Gral. Belgrano, localizado en La Tablada, provincia de Buenos Aires, y a las consecuencias de tales hechos. Alrededor de 50 personas coparon dicho cuartel, con la supuesta intención de defender la democracia

²⁹ *Loaiza Tamayo contra Perú* (fondo), serie C, n.º 33, sentencia de 17.9.1997.

³⁰ *Caballero Delgado y Santana contra Colombia* (fondo), serie C, n.º 22, sentencia de 8.12.1995, y *Genie Lacayo contra Nicaragua* (fondo, reparaciones y costas), serie C, n.º 30, sentencia de 29.1.1997.

³¹ Informe de fondo, caso 11.137, de 18.11.1997.

restablecida seis años antes, y se produjo un combate con las fuerzas armadas que resultó en la muerte de 29 de los atacantes y varios militares. Además, los denunciantes afirmaron que, terminado el combate, los agentes del Estado ejecutaron sumariamente a cuatro de los atacantes capturados, hicieron desaparecer a otros seis y torturaron al resto de los prisioneros, los cuales, con posterioridad, fueron juzgados y condenados sin posibilidad de apelar el fallo; solo pudieron interponer recurso extraordinario ante la CSJN, la que rechazó sus pretensiones. La Com IDH recomendó al Estado argentino que: a) proporcionara los mecanismos y las garantías necesarios para realizar una investigación independiente, completa e imparcial de los hechos, con el objeto de identificar y sancionar a todas las personas que resultaran individualizadas como responsables; b) adoptara las medidas necesarias a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación, y c) adoptara las medidas más apropiadas para reparar a las víctimas o sus familiares.³²

Tras la publicación del informe, los abogados de los peticionarios presentaron acción de hábeas corpus para obtener su libertad, al sostener que la recomendación de la Com IDH referida a la reparación de las víctimas o sus familiares implicaba la libertad inmediata de los condenados, y que el Estado argentino estaba obligado a darle cumplimiento. El caso llegó a la CSJN, la que rechazó la petición por mayoría. En primer lugar, aclaró que, según el texto de la CADH, los Estados partes se comprometen a cumplir solo las decisiones de la Corte IDH, y, en segundo lugar, afirmó que si bien, de acuerdo con el principio de buena fe que rige en el ámbito internacional, Argentina debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Com IDH, ello no equivale a reconocer su obligatoriedad para los jueces. Agregó también que no se podría aceptar, como en este caso, una afectación del orden constitucional argentino, que se produciría si se alterara la estabilidad de una sentencia firme al considerar a la jurisprudencia internacional un motivo de revisión.³³

La CSJN confirmó ese criterio, también por mayoría, en el precedente *Felicetti*,³⁴ referido al mismo caso. En efecto, tras el fallo que acabamos de comentar, los condenados interpusieron recurso de revisión por ante la Cámara de Casación, con base en el Informe 55/97. Al resultar rechazada su pretensión, el procurador del Tesoro de la Nación

³² Cf. ibidem, considerandos 1-5 y 437-438.

³³ Cf. precedente *Acosta*, de 22.12.1998 (*Fallos*, t. 321, pp. 3555 ss.).

³⁴ Pronunciado el 21.12.2000 (*Fallos*, t. 323, pp. 4130 ss.).

interpuso recurso extraordinario, el que, declarado inadmisible, dio lugar a la presentación de queja ante la CSJN. El abogado del Estado invocó su objetivo de satisfacer la recomendación efectuada por la Com IDH en cuanto a la garantía judicial de impugnar la condena ante juez o tribunal superior y evitar así la responsabilidad internacional de Argentina. La CSJN, en lo que aquí interesa, reiteró que las recomendaciones de la Com IDH no son obligatorias y que en modo alguno pueden fundar la revisión de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Más de una década después, en un fallo reciente,³⁵ la CSJN sostuvo que el compromiso asumido por el Poder Ejecutivo ante la Com IDH, al proponer un acuerdo de solución amistosa, tampoco puede tener efectos equivalentes a los de una sentencia de la Corte IDH contra Argentina. El caso llegó a la CSJN a raíz del recuso de la defensa contra la decisión de la casación que rechazó la prescripción de la acción, al considerar que los derechos de las víctimas a conocer la verdad y el deber del Estado de investigar violaciones a los derechos humanos, que constituyeron el objeto de tal compromiso, impedían que operaran las normas de derecho interno sobre aquel instituto.

Por último, recuerdo que en el Informe 83/09³⁶ la Com IDH concluyó que Argentina era responsable por violar los derechos a la protección y a las garantías judiciales (artículos 8 y 25, en relación con el 1.1 de la CADH), a raíz de la sanción disciplinaria que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal le impusiera al abogado Schillizzi Moreno, al considerarlo autor de maniobras destinadas a obstruir el curso de la justicia. Mediante el Informe preliminar 25/08, de 14 de marzo de 2008, la Com IDH había recomendado al Estado argentino reconocer públicamente responsabilidad internacional por aquellas violaciones a los derechos humanos, realizar un acto público para ello y adoptar las acciones necesarias para asegurar que las sanciones disciplinarias, en lo sucesivo, fueran aplicadas tras un debido proceso legal. A este respecto, la CSJN emitió la acordada 26/08, de 21 de octubre de 2008, mediante la cual ordenó a la Cámara de Casación y a las Cámaras Federales de todo el país que adecuaran los mecanismos de aplicación del decreto ley 1285/58, en lo que se refiere al ejercicio de las facultades disciplinarias allí previstas, a las exigencias contenidas en la Constitución y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.³⁷ Esta medida, sin embargo, fue considerada

³⁵ Precedente *Castañeda*, de 29.11.2011 (*Fallos*, t. 334, pp. 1489 ss.).

³⁶ Informe de fondo, caso 11 732, de 6.8.2009.

³⁷ Cabe destacar que, a fin de dar cumplimiento a esa orden, la Cámara de Casación Penal emitió la acordada 1/09, de 24.4.2009 (http://www.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=35088&Cl=INDEX100) (25.9.2012).

insuficiente por la Com IDH, la cual, hasta la redacción del informe en cuestión, tampoco tenía constancia de la realización del acto de reconocimiento recomendado.

4. La eficacia de las decisiones de la Corte IDH

Argentina fue condenada por la Corte IDH en diez oportunidades hasta septiembre de 2012.³⁸ Todavía no existen resoluciones respecto de la supervisión del cumplimiento de las últimas cuatro sentencias pronunciadas (caso *Torres Millacura y otros contra Argentina*, caso *Fontevecchia y D'Amico contra Argentina*, caso *Fornerón e hija contra Argentina* y caso *Furlán y familiares contra Argentina*),³⁹ por lo que se dará cuenta del grado de cumplimiento de las primeras seis condenas.⁴⁰ Solo una de ellas estaría cumplida en su totalidad al día de la fecha (*Kimel*), aunque respecto de todas las demás se adoptaron medidas encaminadas a su cumplimiento. Las recordaré a continuación, agrupándolas en tres categorías: medidas de carácter administrativo, legislativo y judicial.

4.1. Medidas de carácter administrativo

En las seis sentencias consideradas, el Estado argentino fue condenado al pago de las costas y gastos de los procesos en los que estuvieron involucradas las personas cuyos derechos fueron violados, según la Corte IDH, y cumplió totalmente con esa obligación, salvo en el caso *Cantos*, donde lo hizo de modo parcial.

³⁸ Caso *Garrido y Baigorria contra Argentina*, sentencia de 2.2.1996, serie C, n.º 26 (fondo), y sentencia de 27.8.1998, serie C, n.º 39 (reparaciones y costas); caso *Cantos contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28.11.2002, serie C, n.º 97; caso *Bulacio contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 18.9.2003, serie C, n.º 100; caso *Bueno Alves contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 11.5.2007, serie C, n.º 164; caso *Kimel contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 2.5.2008, serie C, n.º 177; caso *Bayarri contra Argentina* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30.10.2008, serie C, n.º 187; caso *Torres Millacura y otros contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26.8.2011, serie C, n.º 229; caso *Fontevecchia y D'Amico contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 29.11.2011, serie C, n.º 238; caso *Fornerón e hija contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 27.4.2012, serie C, n.º 242, y caso *Furlán y Familiares contra Argentina* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31-8-12, serie C, n.º 246.

³⁹ Téngase en cuenta que en esos cuatro casos la Corte IDH fijó el plazo de un año a partir de la notificación de la decisión, para que Argentina la informara acerca de las medidas adoptadas con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto. Ese plazo se encuentra pendiente en todos esos casos a la fecha de conclusión de este trabajo.

⁴⁰ Las resoluciones de la Corte IDH sobre supervisión de cumplimiento de las condenas contra Argentina están publicadas en Internet: <http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=2> (25.9.2012).

Cabe mencionar, respecto del caso *Cantos*, que la Corte IDH había condenado a Argentina al considerar que el proceso interno en el que José María Cantos había sido derrotado tras demandar a la provincia de Santiago del Estero por el pago de una indemnización resultaba violatorio de los artículos 8.1 y 25 de la CADH. Y una de las medidas de reparación consistió en que el Estado nacional debía asumir el pago de los honorarios de los abogados y peritos, luego de fijar un monto razonable. Pero el monto de esos honorarios había sido fijado por la CSJN con sentencia que adquirió firmeza antes del pronunciamiento de la Corte IDH,⁴¹ y el Poder Ejecutivo fracasó en su pretensión de que la CSJN revisara su decisión y disminuyera los montos fijados, con base en la obligación internacional derivada de tal pronunciamiento.⁴² Como se verá en el punto 4.3.1, la CSJN entendió que resolver favorablemente a la pretensión de tal poder del Estado habría afectado garantías judiciales y el derecho de propiedad de los profesionales involucrados, quienes ni siquiera habían podido participar en el procedimiento desarrollado ante la Corte IDH. Frente a este obstáculo de orden jurídico interno, representantes del Poder Ejecutivo, con base en el decreto 99/06, de 25 de enero de 2006, mantuvieron reuniones con los profesionales interesados y habrían llegado a un acuerdo,⁴³ aunque aún el Estado no habría pagado a todos los abogados intervenientes.⁴⁴

Por otro lado, Argentina cumplió totalmente con el pago de las indemnizaciones a las que fue condenada en todos los casos, salvo nuevamente en *Cantos*, donde la Corte IDH le ordenó, en cambio, que no cobrara la tasa de justicia ni la multa por su falta de pago oportuno, y levantara los embargos, la inhibición general y demás medidas que habían sido decretadas, para garantizar el pago de aquellas, sobre los bienes y las actividades comerciales de José María Cantos. El Estado cumplió con esa orden al instruir a la Administración Federal de Ingresos Públicos en tal sentido, mediante el decreto ya citado, y proceder al archivo de la ejecución fiscal correspondiente.⁴⁵

⁴¹ CSJN, C. 1099, XX, Originario, *Cantos, José María c/Santiago del Estero, Pcia. de y/o Estado Nacionals/ cobro de pesos*, de 17.6.1996.

⁴² Fallo *Cantos*, de 21.8.2003 (*Fallos*, t. 326, pp. 2968 ss.).

⁴³ Cf. considerandos 11 a 14 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Cantos*, de 6.7.2009.

⁴⁴ Dos de ellos, en efecto, interpusieron el 8.3.2012 una acción declarativa de certeza por ante la CSJN con el fin de reclamar el pago de tales honorarios. Cf. CSJN, C 240, XLVIII, *Cavallotti, Francisco Alberto y otro c/Estado Nacional s/ acción declarativa*, aún pendiente de resolución.

⁴⁵ Cf. considerandos 7 a 10 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Cantos*, de 6.7.2009.

En los cuatro casos (*Bulacio, Bueno Alves, Kimel y Bayarri*) en los que fue condenado a la difusión pública de la sentencia de la Corte IDH, el Estado argentino cumplió con la medida al publicarla, parcial o totalmente, en el *Boletín Oficial* y, en la mayoría de aquellos (*Bueno Alves, Kimel y Bayarri*), en otros periódicos de amplia circulación.

También cumplió con la orden de eliminar el nombre de la víctima de los registros públicos donde aparecía con antecedentes penales relacionados con los procesos internos que, en opinión de la Corte IDH, resultaban violatorios de la CADH (*Kimel y Bayarri*).

En dos casos (*Garrido y Baigorria y Bulacio*) los policías presuntamente implicados en los hechos condenados por la Corte IDH fueron sometidos a procedimientos administrativos y separados de sus funciones como medida encaminada a satisfacer la orden *de investigar lo ocurrido y sancionar a todos los responsables*.

En relación con el caso *Garrido y Baigorria*, en el que Argentina fue condenada por la desaparición de dos personas, ocurrida en la provincia de Mendoza el 28 de abril 1990, presuntamente a manos de personal uniformado de la policía provincial, la Corte IDH dispuso que el Estado adoptara medidas para localizar a los hijos extramatrimoniales de una de aquellas y pagarles una indemnización. En consecuencia, durante el año 2001 se realizaron publicaciones en distintos medios gráficos de gran circulación nacional y provincial, con el fin de convocarlos a presentarse en las dependencias del Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Mendoza, se trató de dar con el paradero de la presunta madre de uno de ellos y se llevaron a cabo también otras medidas, sin éxito.⁴⁶

A raíz de la misma sentencia interamericana, el juez mendocino que investigó la desaparición de las víctimas fue sometido a un “*jury de enjuiciamiento*” y separado de su cargo.⁴⁷

En el caso *Bulacio*, Argentina fue condenada por la violación de los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial) de la CADH, entre otros, a raíz de la muerte del joven de 17 años Walter David Bulacio, luego de haber sido golpeado por la policía tras su detención, junto con otras decenas de personas, en el marco de un procedimiento de detención masiva sin orden judicial ni flagrancia, conoci-

⁴⁶ Cf. considerando 10 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Garrido y Baigorria*, de 27.11.2007.

⁴⁷ Cf. considerando 6 de la misma resolución.

do como *razzia*. La Corte IDH dispuso que Argentina adoptara las medidas legislativas y de cualquier otra índole que fueran necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos y darles plena efectividad, con el fin de evitar la repetición de hechos semejantes.

El Estado consideró haber cumplido lo decidido por la Corte IDH, en lo que respecta a su competencia administrativa, al emitir resoluciones mediante las cuales instruyó a las fuerzas de seguridad a adecuar su actuación, en los casos de restricción de libertad ambulatoria de menores de 18 años, a los estándares internacionales de derechos humanos (resolución 2208 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, de 12.8.2008), creó la Comisión para la Reforma y Actualización Legislativa del Régimen Penal Juvenil (resolución 578/2008 del mismo ministerio, de 25.3.2008) e instruyó al secretario de Derechos Humanos a instituir una instancia de consulta sobre la adecuación normativa dispuesta por la Corte IDH en el caso en cuestión (resolución 2209 del mismo ministerio, de 12.8.2008) y a los gobiernos locales a adecuar la normativa provincial a los estándares internacionales. Por su parte, el Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires, mediante la resolución 1623, de 29 de octubre de 2004, prohibió el alojamiento de menores en dependencias policiales.⁴⁸

La Corte IDH valoró tales medidas pero las consideró insuficientes, en particular, en relación con detenciones de niños sin orden judicial ni situación de flagrancia y el mantenimiento de condiciones adecuadas para su detención.⁴⁹

En el caso *Bayarri* Argentina fue condenada por los hechos de detención ilegal, tortura, prisión preventiva excesiva y denegación de justicia en perjuicio de Juan Carlos Bayarri, en el marco de una investigación por secuestros extorsivos reiterados. La Corte IDH dispuso que el país debía brindar gratuitamente el tratamiento médico requerido por la víctima e incorporar, en la medida en que no lo hubiera hecho, a los miembros de las fuerzas de seguridad, de los órganos de investigación y de la administración de justicia en las actividades de difusión y formación sobre la prevención de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En lo que se refiere a la primera obligación, el Estado comenzó a brindar la atención médica requerida, mientras

⁴⁸ Cf. considerandos 29 y 30 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Bulacio*, de 26.11.2008.

⁴⁹ Cf. considerandos 34 y 35 de la misma resolución.

que, en lo que se refiere a la segunda, todavía no ha informado a la Corte IDH acerca de su cumplimiento.⁵⁰

En el caso *Kimel*, la Corte IDH ordenó a Argentina realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, tras condenar al país por violar, *inter alia*, el derecho a la libertad de expresión (artículos 13.1 y 13.2 de la CADH). El peticionario fue el periodista Eduardo Kimel, condenado a un año de pena privativa de libertad en suspensión y multa de 20 000 pesos por el delito de calumnia, como consecuencia de haber publicado un libro acerca de un hecho dramático de la historia sociopolítica local (*la masacre de San Patricio*) y ser querellado por el juez que intervino en la investigación de ese caso.⁵¹

El acto público de reconocimiento de responsabilidad fue realizado el 5 de julio de 2010 en la sede del Centro de Estudios Legales y Sociales, organización que ejerce la representación en el caso. Estuvo a cargo de la presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, y asistieron, entre otros funcionarios, el ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y el de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, así como la madre y la hija del fallecido Eduardo Kimel.⁵² Con ello Argentina dio cumplimiento a lo dispuesto por la Corte IDH.

4.2. Medidas de carácter legislativo

Solo dos casos (*Bulacio y Kimel*) influyeron en la adopción de medidas legislativas.

Al informar a la Corte IDH sobre el cumplimiento de la sentencia en el caso *Bulacio*, Argentina mencionó la aprobación, el 28 de septiembre de 2005, de la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y la ratificación, el 8 de septiembre de 2004, del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. También se refirió a la reforma del Código Contravencional Urbano de la Ciudad de Buenos Aires (ley 1472, de 2004), que establece en su artículo 11 “la ‘no punibilidad’ de los adolescentes menores de 18 años respecto de la comisión de contravenciones”, excepto

⁵⁰ Cf. considerandos 11-14 y 30-33 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Bayarri*, de 22.11.2010, y la resolución acerca del mismo asunto de 20.6.2012.

⁵¹ Cf. considerando 2 de la sentencia *Kimel contra Argentina*, ya citada.

⁵² Cf. considerandos 14 y 15 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Kimel*, de 15.11.2010.

cuando se trate de las de tránsito.⁵³ Sin embargo, la Corte IDH consideró insuficientes las medidas adoptadas en lo que respecta a los objetivos de evitar detenciones de niños sin orden judicial ni situación de flagrancia y asegurar condiciones adecuadas para su detención.

En cambio, Argentina cumplió satisfactoriamente con lo dispuesto por la Corte IDH en el fallo *Kimel* en cuanto a la reforma de su legislación penal, con el objetivo de garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.⁵⁴ En efecto, un año y medio después de la condena, el Congreso aprobó la ley 26551,⁵⁵ mediante la cual modificó, entre otras cosas, los delitos de calumnias e injurias (artículos 109 y 110 del Código Penal argentino). En lo distintivo, la reforma establece que la persona destinataria del mensaje calumnioso o injurioso debe ser física y determinada, vuelve atípicas las expresiones referidas a asuntos de interés público y las que no sean asertivas, establece la multa como única pena posible y, en cuanto al delito de calumnia, prevé que el delito imputado debe ser concreto y circunstanciado.⁵⁶ Si bien el principal antecedente de esta reforma es la recordada sentencia de la Corte IDH, lo cierto es que aquella receptaría algunos criterios sentados desde hace más de veinte años por la CSJN,⁵⁷ por lo que también puede comprenderse que el Estado haya reconocido por ante la Corte IDH la necesidad de llevarla a cabo.⁵⁸

4.3. Medidas de carácter judicial

En el mismo caso, la Corte IDH ordenó al Estado argentino dejar sin efecto la condena impuesta a Eduardo Kimel por el delito de calumnia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación. Recién en noviembre de 2011, es decir, más de tres años después de la sentencia, Argentina dio cumplimiento a esa orden, cuando la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió hacer lugar al recurso de revisión (artículos

⁵³ Cf. considerandos 29 y 30 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Bulacio*, de 26.11.2008.

⁵⁴ Cf. considerandos 127 y 128, y punto resolutivo 11.º de la sentencia *Kimel*, ya citada.

⁵⁵ Aprobada el 18.11.2009 y publicada en el *Boletín Oficial* de 27.11.2009.

⁵⁶ Cf. Javier De Luca: "Delitos contra el honor y medios. Comentario a la ley 26551, modificatoria del Código Penal", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 3, Buenos Aires, 2010, pp. 444-449.

⁵⁷ Cf. las sentencias *Campillay*, de 15.5.1986 (*Fallos*, t. 308, pp. 789 ss.), *Tavares*, de 19.8.1992 (*Fallos*, t. 315, pp. 1699 ss.), *Morales Solá*, de 12.11.1996 (*Fallos*, t. 319, pp. 2741 ss.), *Burlando*, de 18.2.2003 (*Fallos*, t. 326, pp. 145 ss.), entre otras.

⁵⁸ Cf. considerandos 18 y 66 de la sentencia *Kimel*, ya citada.

479 a 489 del Código Procesal Penal de la Nación [CPPN]) interpuesto por la hija de Kimel.⁵⁹

Es interesante notar que ese recurso se basó en dos argumentos: a) la obligación del Estado argentino de cumplir con lo ordenado por la Corte IDH, y b) la reforma del tipo penal de calumnia mediante la ley 26 551, en cuanto vuelve atípica la conducta por la que se condenó al fallecido periodista. Sin embargo, la sentencia del tribunal de casación se apoyó solo en el segundo argumento, al considerar que la decisión de la Corte IDH no constituía ninguno de los motivos del recurso de revisión, por lo que no correspondía, en consecuencia, invocar la obligación del Estado argentino de cumplir con ella.

No fue ese el único obstáculo que enfrentó el Estado argentino para cumplir en término con lo exigido por la Corte IDH. Además de la necesidad de la reforma legislativa, el tribunal de casación solo pudo pronunciarse tras interponer la parte interesada el recurso de revisión, pues dado que la calumnia es un delito de acción privada (artículo 73, inciso 1 del Código Penal), el Estado carecía de legitimación procesal para peticionar en favor de aquella. La Corte IDH había criticado esta situación al señalar que “la obligación establecida en el punto resolutivo séptimo de la Sentencia es una obligación del Estado, el cual no puede por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”.⁶⁰ Sin embargo, lo cierto es que los jueces argentinos no habrían podido revisar la condena de oficio ni tras la interposición del recurso por algún representante del Estado, pues ello hubiera sido contrario al ordenamiento interno. En conclusión, el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte IDH, de la manera en que ella afirmó que debía hacerse, habría exigido una reforma legislativa para que los jueces pudieran revisar la condena de oficio, o bien para que otro representante del Estado, como un fiscal, pudiera interponer recurso de revisión en favor del interesado.

Otro tribunal argentino, en el proceso del caso *Bulacio*, adoptó una posición distinta frente a la orden de la Corte IDH. En particular, esta había dispuesto que se otorgara a los familiares de la víctima pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones.⁶¹

La madre del joven fallecido había sido apartada de su rol de querellante al resultar sobreseído el único acusado por los delitos de homicidio y apremios ilegales, y subsistir

⁵⁹ La sentencia fue publicada en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 2, n.º 7, Buenos Aires, 2012, pp. 58-61.

⁶⁰ Cf. considerando 11 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Kimel*, de 15.11.2010.

⁶¹ Cf. considerando 162, punto resolutivo 4.º, de la sentencia del caso *Bulacio contra Argentina*, citada en la nota 38.

únicamente la imputación de privación ilegal de la libertad. De acuerdo con las normas procesales locales, los familiares de la víctima pueden constituirse en querellantes solo en caso de homicidio o cuando de cualquier otro delito haya resultado la muerte.⁶² Ante esa decisión, la presidenta de la Nación había emitido el decreto 1313/08,⁶³ mediante el cual, tras manifestar el significativo interés institucional del Estado nacional en satisfacer los deberes emergentes de su declaración de responsabilidad internacional, autorizó al Ministerio de Justicia para que la Secretaría de Derechos Humanos, o los funcionarios a quienes se les encomendara la tarea, pudieran intervenir como parte querellante en los procesos en los que se investigue la comisión de delitos en perjuicio de Bulacio.

Con base en ese decreto, la Secretaría mencionada solicitó ser tenida por parte querellante en aquel proceso, y se la tuvo por tal, tras lo cual acompañó la solicitud de la madre de Bulacio para que se la repusiera en el mismo rol, lo que fue denegado por el juez de primera instancia. El caso llegó a la Cámara de Apelaciones, la que resolvió favorablemente a esta pretensión, con el único argumento de que lo dispuesto por la Corte IDH era de cumplimiento obligatorio para Argentina, tal como lo había expuesto la CSJN en el mismo caso,⁶⁴ según se verá en el punto siguiente.

Con posterioridad, la misma cámara revocó la decisión por la cual se había tenido por parte querellante a la Secretaría de Derechos Humanos, al sostener, en lo que aquí interesa, que el decreto 1313/08 no poseía entidad para modificar las normas procesales que, específicamente, establecen que puede constituirse en parte querellante el particularmente ofendido o, en el caso ya mencionado, sus familiares o último representante legal, y que el Poder Ejecutivo contaba con otros medios para evitar la responsabilidad internacional del Estado, como, por ejemplo, impulsar una reforma integral del Código Procesal. Además, en el proceso ya intervenía otro representante del Estado, el fiscal, entre cuyos objetivos se encuentra el de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (artículo 120 de la Constitución).⁶⁵

⁶² Artículos 170 del Código de Procedimiento en Materia Penal, vigente hasta el 4.9.1992, y 83 del actual Código Procesal Penal de la Nación.

⁶³ Firmado el 11.8.2008 y publicado el 13.8.2008.

⁶⁴ Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, causa 28 603, *Espósito, Miguel Ángel s/ apelación*, resolución de 23.12.2008.

⁶⁵ Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, causa 37 852, *Espósito, Miguel Ángel s/ falta de acción*, resolución de 1.9.2009.

Por otro lado, respecto de los casos *Garrido y Baigorria, Bulacio, Bueno Alves y Bayarri*, Argentina habría cumplido parcialmente la orden de realizar o continuar los procesos para determinar las responsabilidades por los hechos denunciados y aplicar las sanciones correspondientes. Los cuatro procesos nacionales por tales hechos se encuentran todavía pendientes de resolución.

En los casos *Bulacio y Bueno Alves* existía un obstáculo jurídico para la prosecución de ambas causas (la prescripción de la acción penal), que fue removido por la CSJN en dos fallos que afirmaron la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH aun cuando su cumplimiento importe la violación de derechos de los acusados, reconocidos incluso en la CADH. En el próximo apartado me ocuparé de estudiar la postura de la CSJN a este respecto.

4.3.1. Los fallos *Cantos, Espósito y Derecho de la CSJN*

Como he recordado en el punto anterior, la Corte IDH condenó a Argentina en el caso *Cantos* por haber violado los artículos 8.1 y 25 de la CADH en perjuicio del denunciante, y dispuso como una de las medidas de reparación que el Estado nacional asumiera el pago de los honorarios de los abogados y peritos que intervinieron en el proceso local, luego de establecer un monto razonable. El Poder Ejecutivo ocurrió entonces a la CSJN para que esta revisara su decisión firme que regulaba tales honorarios y disminuyera los montos fijados en esa ocasión, con base en la obligación internacional derivada de lo ordenado por la Corte IDH.

La CSJN resolvió, por mayoría, rechazar esa pretensión.⁶⁶ Sostuvo que no podía ser atendida “so riesgo de infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional que amparan los derechos cuya titularidad corresponde a diversos profesionales”, lo que habría implicado para la CSJN una “*patente y deliberada renuncia de su más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional*”.⁶⁷ Y agregó que si se modificara la sentencia firme, y se afectaran, en consecuencia, las garantías judiciales y el derecho a la propiedad de los profesionales cuyos honorarios fueron regulados mediante aquella sentencia, se observaría la siguiente situación inicua y

⁶⁶ Fallo *Cantos*, de 21.8.2003 (*Fallos*, t. 326, pp. 2968 ss.).

⁶⁷ Considerado 3 del voto de la mayoría en *Cantos*, citado en la nota anterior (cursivas añadidas).

paradójica: “[...] bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (artículo 63.1 de la Convención), [se haría] incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos [...] en el instrumento cuyo acatamiento se invoca”.⁶⁸

Transcribí esas dos afirmaciones de la CSJN pues la posición que ellas reflejan fue claramente abandonada por este tribunal, integrado por otros jueces, a partir del fallo *Espósito*.⁶⁹

Allí, en efecto, la CSJN se pronunció acerca de la prescripción de la acción penal en el caso *Bulacio*, respecto del cual, como he mencionado en el punto anterior, la Corte IDH había ordenado a Argentina llevar a cabo el proceso para determinar las responsabilidades por los hechos denunciados y aplicar las sanciones correspondientes. Y había afirmado, a ese respecto que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones a los derechos humanos”.⁷⁰

Pues bien, con base en esa sentencia de la Corte IDH, la CSJN revocó el sobreseimiento del único acusado en el proceso nacional, Miguel Ángel Espósito, que se había basado en aquel instituto. Lo particular de la posición asumida por la CSJN es que manifestó no compartir el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la sentencia de la Corte IDH, a lo que añadió que el acusado no pudo participar del procedimiento internacional y que la fijación de los hechos de los que derivó la responsabilidad del Estado se produjo mediante un procedimiento formal, consecuencia del reconocimiento de tal responsabilidad, desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal.⁷¹ Sin embargo, contrariamente a lo resuelto en *Cantos*, tras advertir una situación similar, o sea, que solo se podía cumplir con la obligación impuesta por la Corte IDH mediante la fuerte restricción de derechos

⁶⁸ Considerando 4 del mismo voto.

⁶⁹ Sentencia de 23.12.2004 (*Fallos*, t. 327, pp. 5668 ss.).

⁷⁰ Considerando 116 del voto de la mayoría en la sentencia *Bulacio contra Argentina*, citada en la nota 38. Cabe observar que la decisión de la Corte IDH tuvo lugar a pesar de no hallarse agotados los recursos previstos en la jurisdicción argentina, puesto que la Com IDH consideró admisible el caso al observar que “exist[ía] un retardo en la decisión definitiva de la causa”, ya que “desde abril de 1991 [cuando ocurrieron los hechos] hasta la fecha [de su Informe] habían pasado más de siete años” (artículo 46.2.C de la CADH). Cf. Informe 29/98, caso 11.752, de 5.5.1998, considerandos 38 a 41.

⁷¹ Considerandos 12 y 15 del voto de la mayoría en *Espósito*, citado en la nota 69.

garantizados incluso en la CADH (en este caso, los de defensa y a ser juzgado en un plazo razonable), entendió que era su deber hacerlo, dado que tal restricción había sido dispuesta por la propia Corte IDH.⁷²

La CSJN mantuvo esta posición en el reciente fallo *Derecho*.⁷³ Los hechos del caso, ocurridos en abril de 1988, constituirían los delitos de detención ilegal y aplicación de tormentos en perjuicio de Juan Francisco Bueno Alves, y se acusó por ellos a René Jesús Derecho, exmiembro de la Policía Federal. La CSJN intervino por primera vez en 2007, cuando confirmó la decisión que declaraba la prescripción de la acción penal.⁷⁴ Sostuvo, en lo esencial, que tales hechos no podían considerarse delitos de lesa humanidad y que, por consiguiente, no eran imprescriptibles, por lo que al haber transcurrido el plazo de la prescripción, la acción penal estaba extinguida. Sin embargo, la parte querellante ocurrió ante la CSJN, con posterioridad a ese pronunciamiento, para solicitarle que indicara el auténtico alcance jurisdiccional del fallo a la luz de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Bueno Alves contra Argentina*, y aquella decidió revocarlo.

Como se ha mencionado, en esa sentencia, tal como en la del caso *Bulacio*, la Corte IDH ordenó al Estado argentino llevar a cabo el proceso para determinar las responsabilidades por los hechos denunciados y aplicar las sanciones correspondientes. Y en su resolución sobre la supervisión del cumplimiento de tal sentencia, afirmó:

[...] las autoridades judiciales, cuando analicen la posible prescripción de un delito de tortura, dada su gravedad, deben declarar dicha prescripción, cuando fuere conducente, solo después de que se haya efectuado una investigación con debida diligencia. Este criterio no implica que la Corte desconozca los alcances e importancia que tiene el instituto procesal de la prescripción, el cual, en algunos países de la región, es reconocido como garantía del imputado. El Tribunal considera que, por regla general, el instituto procesal de la prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que, como en el presente caso, se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una negación al acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura.⁷⁵

⁷² Considerando 16 del mismo voto.

⁷³ Sentencia de 29.11.2011 (*Fallos*, t. 334, pp. 1504 ss.)

⁷⁴ Sentencia de 11.7.2007, en la cual la mayoría de la CSJN se remite, en cuanto a los fundamentos de la decisión, al dictamen del entonces procurador general Esteban Righi (*Fallos*, t. 330, pp. 3074 ss.)

⁷⁵ Considerando 45 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Bueno Alves contra Argentina*, de 5.7.2011.

Por ello la mayoría de la CSJN resolvió, tras remitir a los fundamentos del fallo *Espósito*, revocar su propia decisión anterior, en el caso, y devolver el asunto al tribunal de origen para que continuara la investigación.

5. Síntesis

El orden jurídico argentino no prevé normas de origen local que establezcan la obligación de cumplir con las recomendaciones de la Com IDH ni con las decisiones de la Corte IDH. La CADH, que tiene jerarquía constitucional, establece el deber del Estado de cumplir las decisiones de la Corte IDH, pero no los informes de la Com IDH. Esta interpretación es la adoptada por la mayoría de la CSJN hasta el momento, aunque aún está pendiente de resolución el caso *Carranza Latrubesse*, donde deberá pronunciarse nuevamente acerca de si considera que existe la obligación de cumplir con las recomendaciones de la Com IDH.

El Estado nacional ha manifestado una abierta disposición a cumplir tanto las recomendaciones de la Com IDH como las decisiones de la Corte IDH; lo demuestra la circunstancia de que en todos los casos examinados se adoptaran medidas al respecto, incluso, en dos de ellos (*Bulacio y Kimel*), desde sus tres poderes.

El principal obstáculo para el cumplimiento de lo dispuesto por ambos órganos interamericanos habría sido jurídico: en algunos casos, el cumplimiento de las recomendaciones de la Com IDH y las decisiones de la Corte IDH importaban la restricción de derechos constitucionales y/o la violación de normas procesales. Ante esa situación, se brindaron cuatro soluciones posibles: negar el cumplimiento de lo recomendado u ordenado (véanse, por ejemplo, fallos *Acosta, Felicetti y Cantos* de la CSJN); dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte IDH, al reconocer su obligatoriedad pese a tal obstáculo (véanse, por ejemplo, fallos *Espósito y Derecho* de la CSJN, y la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional también en el caso *Espósito*, respecto de la reposición de la madre de la víctima en su rol de querellante); reformar la legislación para permitir el cumplimiento (véase, por ejemplo, el caso *Kimel*, en el que la modificación de un tipo penal consintió la revocación de una condena firme), o buscar una solución alternativa de tipo administrativo (véase, por ejemplo, el caso *Cantos*, donde el Estado, a raíz de lo dispuesto por la Corte IDH, resolvió no cobrar la tasa de justicia que se había fijado con sentencia firme, y acordar privadamente la disminución

del monto que debía pagar en concepto de honorarios a ciertos profesionales, también con base en una sentencia firme).

El problema del contraste entre las decisiones de la CSJN y las de los órganos interamericanos no involucra solo la cuestión del valor que se debería atribuir a cada una de ellas, es decir, si debe prevalecer la decisión del tribunal nacional o la recomendación o decisión de los órganos internacionales. También se ha observado la posible afectación de derechos constitucionales y la violación de garantías judiciales, cuando el cumplimiento de las recomendaciones de la Com IDH o de las decisiones de la Corte IDH importara alterar la estabilidad de sentencias nacionales pasadas en autoridad de cosa juzgada, o bien cualquier otro aspecto del orden jurídico interno. Como se ha dicho al comienzo, no hay todavía en el país una norma que resuelva el asunto.⁷⁶ Por lo tanto, para finalizar, expondré mi opinión a ese respecto.

En lo que se refiere a la primera cuestión (¿debe prevalecer lo dispuesto por los órganos interamericanos o la decisión de la CSJN en caso de conflicto?), se debe insistir en que, como lo ha recordado la CSJN en el precedente *Cantos*,⁷⁷ ella fue instituida por el constituyente como titular del Poder Judicial y, como tal, su mayor atribución es la de ser el custodio e intérprete final de la Constitución. Esta atribución, además, no es delegable ni renunciable. Y la incorporación de la CADH al “bloque de constitucionalidad federal” mediante la reforma de la Constitución de 1994, no pudo modificar legítimamente ese orden de las cosas, pues la ley que sancionó la necesidad de aquella

⁷⁶ Tampoco en los proyectos de ley que se presentaron hasta el momento, de los que tuve conocimiento, se propone una solución. Cf. expediente 1566-S-2000, “Introduce en el procedimiento penal una nueva causal de revisión para posibilitar la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, elaborado por el senador Ángel Pardo, presentado en el Senado el 2.8.2000 y archivado el 27.12.2000; expediente 2538-S-2000, “Propone mecanismos para hacer operativa la puesta en marcha de las resoluciones de carácter dispositivo de los organismos de verificación de los tratados internacionales de rango constitucional”, elaborado por el senador Alberto Rodríguez Saa, presentado en el Senado el 29.11.2000 y archivado el 8.4.2002; expediente 327-S-2001, “Reproduce proyecto de ley considerando las recomendaciones derivadas del art. 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos generadora de obligaciones por parte del Estado Nacional (Ref. S-1830/99)”, elaborado por el senador Romero Feris, presentado en el Senado el 17.4.2001 y archivado el 28.8.2003; expediente 6192-D-2002, “Creación del Comité de Ministros que tendrá a su cargo la atención de las recomendaciones que emitire la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con relación a casos individuales de violación de tales derechos y de la cual resulte internacionalmente responsable el Estado Nacional”, elaborado por el diputado Alfredo Bravo y otros, publicado en el diario *Trámite Parlamentario*, n.º 144, de 26.9.2002. Todos estos proyectos de ley pueden verse en Viviana Krsticevic y Liliana Tojo (comps.): *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires: Center for Justice and International Law (CEJIL), 2007, pp. 164-180.

⁷⁷ Véase el punto 4.3.1.

reforma no lo previó entre las materias a modificar.⁷⁸ En conclusión, ante un conflicto como el aquí considerado, es la decisión de la CSJN la que debería prevalecer, según el orden constitucional actual.⁷⁹

Desde ese punto de vista, entonces, y en relación con la segunda cuestión mencionada (la afectación de derechos constitucionales y la violación de garantías judiciales), resulta inadmisible que la CSJN afirme, como en los fallos *Espósito y Derecho*, que corresponde cumplir con lo dispuesto por la Corte IDH incluso cuando importe una fuerte restricción de derechos constitucionales, respecto de lo cual la misma CSJN se manifiesta contraria, pues ello constituye un acto de renuncia o delegación de su atribución esencial, lo que no tiene permitido hacer.

Esa posición de la CSJN tampoco puede encontrar justificación en el objetivo de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino. Creo que hay al menos dos argumentos para sostener esta afirmación. Por un lado, no existe ninguna norma que establezca ese supuesto (la necesidad de que el Estado cumpla una obligación internacional) como causal de restricción de la plena operatividad de derechos constitucionales. Por otro lado, esa norma ni siquiera sería deseable, pues parece indiscutible que en un Estado constitucional y democrático de derecho el individuo es un fin en sí mismo, y, por lo tanto, ninguna razón de Estado podría convertirlo en un instrumento para fines que no son suyos, tras negarle derechos fundamentales.⁸⁰ Mucho menos en casos en los cuales la eventual responsabilidad internacional del Estado sería provocada por una situación (por ejemplo, vencimiento de los plazos razonables de duración de los procesos y, en consecuencia, imposibilidad de aplicar las penas correspondientes por graves violaciones a los derechos humanos) atribuible no a la conducta de los individuos cuyos

⁷⁸ Se trata de la ley 24.309, citada en la nota 7, donde además se hizo referencia al procedimiento de reforma de la Constitución, según su propio texto.

⁷⁹ En este sentido, Gregorio Badeni: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia judicial superior a la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en Zlata Drnas de Clémery y otros: *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?*, en *Obras de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, serie II, n.º 33, Buenos Aires: La Ley, 2009, pp. 107-158, esp. pp. 122-125; y Ezequiel Malarino: "La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*", en *Jura Gentium. Rivista di Filosofia del Diritto Internazionale e della Politica Globale*, vol. V, n.º 1, 2009, esp. § 2, punto VIII (disponible en Internet: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm>) (25.9.2012).

⁸⁰ Para una mayor argumentación a este respecto, remito a Luigi Ferrajoli: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari: Laterza, 2007; trad. esp: *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1, *Teoría del derecho*, Madrid: Trotta, 2011, esp. cap. XII: "El paradigma del Estado constitucional de derecho".

derechos se restringen para evitar aquella responsabilidad, sino a la impericia del propio Estado, tal como lo ha reconocido la CSJN en el caso *Espósito (Bulacio)*.⁸¹

En conclusión, si se quisiera asegurar el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, más allá de la opinión que pudieran tener los jueces argentinos acerca de su compatibilidad con el orden constitucional, serían necesarias, al menos, cuatro reformas. Por un lado, se debería modificar la norma que establece que la CSJN y los tribunales inferiores son los únicos órganos competentes para el conocimiento y la decisión de todas las causas nacionales que versen sobre puntos regidos por la Constitución, las leyes de la Nación y los tratados (artículo 116 de la Constitución). También se deberían modificar las normas constitucionales que instituyen a la CSJN como el último intérprete y custodio de tal orden normativo (artículos 108, 116 y 117), al establecer que en los casos en los que exista un pronunciamiento de la Corte IDH es este el que debe prevalecer. Y al observar que, como regla general, el acceso al sistema interamericano queda habilitado solamente tras el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna (artículo 46.1.a CADH),⁸² es decir, en lo que respecta a Argentina, luego de que exista en el caso sentencia firme de la CSJN, se debería prever que sus sentencias solo adquieran esa calidad una vez vencido el plazo para la presentación de una petición ante la Com IDH

⁸¹ Cf. considerandos 12 y 13 del voto de la mayoría en el precedente *Espósito*, citado en la nota 69.

⁸² Cabría preguntarse si los redactores de esa previsión de la CADH no habrán tenido en cuenta que la Com IDH y la Corte IDH fueron concebidas como órganos encaminados a evaluar únicamente la responsabilidad de los Estados y que esa función no parece implicar la facultad de ordenar medidas que puedan tener incidencia en el juicio local sobre la responsabilidad de individuos. Como es notorio, la CADH reconoce el derecho del imputado absuelto con sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (artículo 8.4) y no prevé ninguna excepción a este derecho. Por lo tanto, parecería un contrasentido que, al mismo tiempo, se hubiera establecido, como regla general, el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, lo que da lugar a una sentencia firme, para recién después habilitar el acceso a los órganos interamericanos, y que estos tengan la facultad de ordenar la reapertura de un proceso en el cual, como en el caso *Bueno Alves*, se había sobreseído al imputado con sentencia firme, pues esa orden resultaría violatoria de aquella norma convencional. Para hacer más clara esta idea, se puede poner el ejemplo de la Corte Penal Internacional (CPI). Este tribunal sí fue concebido para juzgar individuos, aunque de forma complementaria a las jurisdicciones locales, lo que significa que, como regla general, si jueces nacionales llevaran a cabo el juzgamiento de los acusados por crímenes de competencia de la CPI, esta no intervendría en el asunto (artículo 17 del Estatuto de la CPI). Esa regla general es consecuente con el reconocimiento del carácter de cosa juzgada que adquieren las decisiones de los tribunales locales acerca de crímenes de competencia de la CPI. Pero a este respecto se prevén excepciones, justamente para evitar que los Estados partes incumplan su deber de juzgar y punir adecuadamente a los responsables de tales crímenes. En efecto, la competencia de la CPI quedaría habilitada si el proceso en el que se pronunció la sentencia firme a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o b) no hubiera sido instruido de forma independiente o imparcial o lo hubiera sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (artículo 20.3 del Estatuto de la CPI).

(artículo 46.1.a CADH) o bien tras su rechazo formal (artículo 47 CADH) o sustancial. Finalmente, se deberían modificar las normas constitucionales según las cuales los jueces están sujetos únicamente a la ley y, sobre todo, a la Constitución (artículos 18, 19, 31, 75, inciso 12, 116), pues deberían adecuar automáticamente sus decisiones a lo ordenado por la Corte IDH.⁸³

Sin embargo, la conveniencia de esas reformas enfrentaría serias objeciones, algunas de las cuales fueron puestas en evidencia por la CSJN.⁸⁴

El distinto objeto procesal y las distintas consecuencias que pueden derivar del proceso penal nacional y del procedimiento interamericano (esclarecer la responsabilidad individual y sancionar a los sujetos declarados culpables, en lo que se refiere al primero, y esclarecer la responsabilidad estatal y sancionar al Estado responsable, en lo que se refiere al segundo) inciden sobre las reglas de prueba, el régimen de la acción y la participación procesal. Invertir la carga de la prueba, omitir prueba dirimente, disponer de la acción tras una “solución amistosa”, la ausencia en el proceso de quien presuntamente ha cometido el delito, son supuestos posibles en el marco del procedimiento ante la Corte IDH, pero serían inadmisibles en el proceso penal nacional, porque violarían claramente el derecho de defensa.⁸⁵ Sin embargo, si se reconociera a la Corte IDH el rol de Tribunal Supremo de la Nación, al menos en lo que respecta al derecho constitucional delimitado por la CADH, resultaría que, como ya sucediera al reconocerle ese rol pretoriamente,⁸⁶ el procedimiento interamericano podría tener efectos negativos para la situación procesal del acusado en un proceso penal local.

Por último, tampoco habría que olvidar que los jueces de la Corte IDH no están sometidos a ningún mecanismo de control en caso de mal desempeño,⁸⁷ como sí lo están los jueces argentinos (artículos 53, 59, 60 y 115 de la Constitución), y que ninguna norma les exige para ser elegidos como tales el conocimiento del derecho nacional.

⁸³ El sistema del precedente vinculante es totalmente ajeno al sistema jurídico argentino, tal como lo recuerda con mayor profundidad Ezequiel Malarino: “La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, n.º 2, Buenos Aires, marzo de 2012, pp. 101-111, esp. p. 108 y nota 20.

⁸⁴ Véanse las sentencias *Acosta, Felicetti, Cantos y Espósito* (voto del juez Fayt), citadas en los puntos 3 y 4.3.1.

⁸⁵ Para una argumentación más amplia a este respecto, véase Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., esp. § 2, punto VIII.

⁸⁶ Véanse las sentencias *Espósito y Derecho*, citadas en el punto 4.3.1.

⁸⁷ Según el artículo 70 de la CADH, “no podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones”.

IMPACTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO BOLIVIANO

Elizabeth Santalla Vargas

RESUMEN. Son solo tres los casos que con relación al Estado boliviano han alcanzado sentencia de fondo y reparaciones ante la Corte IDH. Curiosamente, los tres versan esencialmente sobre el delito de desaparición forzada de personas, remontándose al periodo dictatorial en Bolivia. Una consecuencia destacable del régimen de reparaciones con implicancia penal, desde el primer caso (*Trujillo Oroza*), con trascendencia para los dos siguientes (*Ticona Estrada e Ibsen Cárdenas, Ibsen Peña*), ha sido la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el ordenamiento interno, lo que aconteció recién a principios del 2006. Dicha tipificación, sin embargo, solo sanciona la conducta en su faceta de delito ordinario y no como un crimen/delito de lesa humanidad, aunque las desapariciones acaecidas en la época dictatorial fueron parte de un ataque que puede reputarse no solo generalizado, sino también sistemático. Otra medida de reparación de relevancia penal ha sido la apertura de procesos penales internos, en algunos de los cuales puede advertirse una incorrecta interpretación y aplicación del derecho penal internacional. Esto evidencia la importancia de enfocar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos en correlación con el derecho penal internacional. La concreción de la implementación del Estatuto de Roma, por un lado, y el régimen de reparaciones de la Corte IDH y la intervención de la Com IDH, por otro, pueden contribuir a dicho cometido, sin que ello implique desbordar el alcance convencional del sistema interamericano.

Palabras clave: sistema interamericano de derechos humanos, desaparición forzada de personas, tortura, homicidio, derecho penal internacional, implementación Estatuto de Roma, crímenes de lesa humanidad, doctrina del efecto útil, reparaciones, jerarquía normativa, Convención Americana.

ABSTRACT. The Inter-American Court of Human Rights has pronounced judgment on the merits and imposed reparations on the Bolivian State in only three

cases. Curiously enough, all three deal basically with the crime of forced disappearance of persons and date back to the period of dictatorship in Bolivia. A noteworthy consequence of the reparations with significance in the criminal sphere, which originated with the first case (*Trujillo Oroza*) and had effects on the following two (*Ticona Estrada* and *Ibsen Cárdenas, Ibsen Peña*), has been the definition of the crime of forced disappearance of persons in the national legal system, which only took place in 2006. However, this definition only punishes the behavior as an ordinary offense and not as a crime against humanity, despite the fact that the disappearances during the period of dictatorship were part of a widespread and also systematic attack. Another form of reparations with penal significance has been the opening of domestic criminal proceedings, some of which show an incorrect interpretation and application of international criminal law. This reveals the importance of interpreting and applying international human rights law in correlation with international criminal law. The implementation of the Rome Statute, on one hand, and the Inter-American Court of Human Rights' system of reparations together with the intervention of the IACtHR, on the other, may help to achieve this aim while not exceeding the scope of the Inter-American conventions.

Keywords: Inter-American human rights system, forced disappearance of persons, torture, homicide, international criminal law, implementation of the Rome Statute, crimes against humanity, principle of "effet utile", reparations, hierarchy of rules, American Convention.

ZUSAMMENFASSUNG. Lediglich in drei Fällen ist es vor dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte bei Verfahren gegen den bolivianischen Staat zu Urteilen in der Sache sowie zu Wiedergutmachungsmassnahmen gekommen. Interessanterweise geht es in allen drei Fällen um Verbrechen im Sinne des gewaltsamen Verschwindenlassens von Personen während der Diktatur in Bolivien. Eine wichtige Folge der Anordnung von Wiedergutmachungsmassnahmen mit strafrechtlichen Implikationen nach dem ersten Fall (*Trujillo Oroza*), der sich auf die beiden folgenden auswirkte (*Ticona Estrada* und *Ibsen Cárdenas, Ibsen Peña*), war die Einführung des Straftatbestandes des gewaltsamen Verschwindenlassens von Personen in die innerstaatliche Rechtsordnung, die allerdings erst Anfang 2006 erfolgte. Diese Typisierung beschränkt sich jedoch auf die Verfolgung dieser Taten als gewöhnliche Straftaten und nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Das gewaltsame Verschwindenlassen von Personen unter der Diktatur war aber Bestandteil eines Angriffs, der sich nicht nur gegen die Allgemeinheit richtete, sondern der auch als systematisch gelten muss. Eine weitere strafrechtlich relevante Wiedergutmachungsmaßnahme war die Einleitung von Strafverfahren auf innerstaatlicher Ebene. Dabei kam es aber in manchen Fällen zu einer fehlerhaften Auslegung und Anwendung des Völkerstrafrechts. Dies belegt, wie wichtig es ist, bei der Betrachtung und Anwendung des internationalen Rechts der Menschenrechte dessen Wechselwirkung mit dem Völkerstrafrecht zu berücksichtigen. Dies kann durch

die konkrete Umsetzung des Römischen Statuts, die vom Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte angeordneten Wiedergutmachungsmassnahmen sowie Interventionen der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte erreicht werden. Dadurch wird der Anwendungsbereich der Verträge über das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte nicht überschritten. Palabras clave: sistema interamericano de derechos humanos, desaparición forzada de personas, tortura, homicidio, derecho penal internacional, implementación Estatuto de Roma, crímenes de lesa humanidad, doctrina del efecto útil, reparaciones, jerarquía normativa, Convención Americana.

Schlagwörter: Interamerikanisches Menschenrechtssystem, gewaltsames Verschwindenlassen von Personen, Folter, Tötung, internationales Strafrecht, Umsetzung des Römischen Statuts, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Doktrin der unmittelbaren Wirkung, Wiedergutmachungen, Gesetzesrang, Interamerikanische Konvention.

1. Introducción

Son pocos los casos que respecto del Estado boliviano nutren la jurisprudencia del sistema interamericano. Sin embargo, ellos presentan ciertos aspectos interesantes que conviene rescatar. Este trabajo se circscribe a analizar la repercusión que han tenido las decisiones de sus órganos en materia de reparaciones, en el sistema penal y procesal penal boliviano. En consecuencia, no aborda las distintas facetas del régimen de reparaciones, sino que se focaliza en las medidas de reparación de naturaleza o con implicaciones penales. Cabe recordar que las medidas de reparación otorgadas por la Corte IDH, complementarias a la pecuniaria, son clasificadas por la misma Corte en las siguientes categorías: a) *restitutio in integrum*; b) medidas de rehabilitación; c) medidas de satisfacción; d) garantías de no repetición; e) obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar.¹ La amplia gama y competencia que el sistema interamericano ha desarrollado para otorgar reparaciones, se ha convertido en una característica comparativa en relación con los otros sistemas de protección de los derechos humanos.²

¹ Informe Anual de la Corte Interamericana: 2010, San José: Corte IDH, 2011, pp. 10-12. De un modo más general, Gina Donoso: "Inter-American Court of Human Rights' Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach", en Revista IDH, n.º 49, 2009, pp. 40-41, con una interesante perspectiva desde el punto de vista psicológico.

² Donoso: o. cit., p. 42 (citando a D. Shelton).

2. Sobre el rango jerárquico y los efectos que generan los tratados de derechos humanos, en particular la Convención Americana, conforme al esquema constitucional actual

La anterior Constitución Política del Estado (CPE) no contemplaba referencia alguna al rango o la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales en el derecho interno. Esta laguna normativa, en opinión expresada anteriormente por la autora, habría contribuido a que el derecho internacional no tuviera real vigencia en la cultura jurídica boliviana y quedara más bien en un plano declarativo.³ Es más, de una revisión literal podía colegirse que, siguiendo el procedimiento legislativo y en mérito al otrora artículo 228 de la CPE, que establecía la supremacía de la Constitución y su aplicación preferente respecto de las leyes, podía considerarse que los tratados se ubicaran por debajo de la CPE.⁴ En ese contexto, la interpretación que adoptara el Tribunal Constitucional, siguiendo la tendencia desarrollada en la legislación constitucional comparada⁵ de la teoría del bloque de constitucionalidad a partir del otrora artículo 35 de la CPE,⁶ resultaba ponderable.

En febrero de 2009 se adoptó una nueva CPE. A diferencia de la anterior, establece expresamente la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, aunque no de una manera absolutamente clara. El nuevo orden constitucional recoge la doctrina del bloque de constitucionalidad (artículo 410)⁷ y establece además que los tratados vinculantes para el Estado boliviano sobre derechos humanos que declaren derechos más favorables a los contemplados en la CPE se aplicarán con carácter preferente. Asimismo,

³ Elizabeth Santalla Vargas: "Informe sobre Bolivia", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, p. 83.

⁴ Ibídem, p. 84.

⁵ Principalmente los casos de España y Colombia.

⁶ Artículo 35: "Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

⁷ Artículo 410 (II): "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. CPE 2. Los tratados internacionales 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal o indígena 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes".

establece que los derechos reconocidos en la CPE se interpretarán a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para Bolivia cuando estos prevean normas más favorables (artículo 256 (I) y (II), respectivamente). Sin embargo, conforme al artículo 13 (IV), la interpretación de los derechos y deberes consagrados constitucionalmente a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para Bolivia no requiere que estos sean necesariamente más favorables.

Recientemente, el 6 de agosto de 2012, entró en vigor el Código Procesal Constitucional,⁸ que tiene por objeto regular los procedimientos constitucionales y acciones de defensa (artículo 1). En su artículo 2, establece las fuentes de interpretación constitucional, dando prioridad a la voluntad del constituyente —evidenciada a través de sus actas y resoluciones— y al tenor literal de los preceptos constitucionales, disposición que replica el artículo 196 (II) de la nueva CPE.⁹ En segundo lugar, establece la facultad —no obligatoriedad (“podrá aplicar”)— de efectuar una interpretación sistemática y teleológica (“según los fines establecidos en los principios constitucionales”)¹⁰ y de interpretar los derechos reconocidos en la CPE a la luz de los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado boliviano en materia de derechos humanos, cuando establezcan preceptos más favorables. En caso de que dichos instrumentos contemplen derechos no previstos en la CPE, establece que estos se considerarán parte del orden constitucional.¹¹

Dicho régimen conduce a dos cuestionamientos: por un lado, la atribución facultativa con que se norma la interpretación de toda otra fuente distinta a la literal o exegética, lo que *stricto sensu* implica una decisión discrecional para su aplicación; por otro, conlleva la dificultad de determinar cuál es la perspectiva que resulta relevante a efectos de determinar el régimen más favorable, cuestión que, si bien podría considerarse resuelta conforme al objeto procesal, no deja de ser controvertible, más aún si se tiene en cuenta que dicha distinción resulta difusa en el tiempo —por ejemplo, en la disyuntiva que se presenta entre los derechos del acusado frente a los de la víctima—. Esto es particularmente crucial en el marco de los procesos ante la Corte IDH,

⁸ Aprobado mediante ley 254, de 5 de julio de 2012.

⁹ Artículo 196 (II): “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

¹⁰ Artículo 2 (II) (1).

¹¹ Artículo 2 (II) (2).

respecto de los cuales, al establecer su jurisprudencia la inaplicabilidad de toda garantía judicial que obstaculice la represión penal de los crímenes internacionales y de otras violaciones graves a los derechos humanos, se decanta por los derechos e intereses de las víctimas.¹²

Bolivia es Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) desde el 19 de julio de 1979, fecha en que el Estado la había ratificado inicialmente a través de un decreto legislativo que se inscribía en el marco de la práctica “legislativa” de la época de la dictadura, y reconoció la competencia obligatoria, de pleno derecho, incondicional y por plazo indefinido de la jurisdicción y la competencia de la Corte el 27 de julio de 1993, con la siguiente declaración:

I. El Gobierno Constitucional de la República, de conformidad con el artículo 59, inciso 12, de la Constitución Política del Estado, mediante Ley 1430 de 11 de febrero, dispuso la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y el reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 45 y 62 de la Convención.

II. En uso de la facultad que me confiere el inciso 2, del artículo 96 de la Constitución Política del Estado, expido el presente instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, así como el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el reconocimiento como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 62 de la Convención.

Se presentó además la siguiente declaración interpretativa:

Los preceptos de incondicionalidad y plazo indefinido se aplicarán en estricta observancia de la Constitución Política del Estado boliviano, especialmente de los principios de reciprocidad, irretroactividad y autonomía judicial.¹³

¹² Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 48 y 54.

¹³ OEA, Sección de Tratados Multilaterales, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm> (20.08.12). Nota OEA/MI/262/93, del 22 de julio de 1993.

Siguiendo la práctica de corregir el mecanismo de ratificación, a través de una ratificación propiamente dicha, es decir, a través de una ley aprobada por el parlamento —como aconteció en varios otros casos¹⁴—, la ley 1430, de 11 de febrero de 1993, efectuó nuevamente la ratificación de la Convención Americana, aunque sin hacer mención a la preexistente ratificación (a través de un decreto ley). Curiosamente, varios de los informes de la Com IDH respecto de Bolivia hacen referencia al carácter vinculante de la Convención para Bolivia desde 1979; así por ejemplo, el informe sobre “comunidades cautivas”.¹⁵

En el nuevo marco constitucional expuesto, puede afirmarse que la Convención Americana no solo forma parte del bloque de constitucionalidad, sino que también constituye uno de los instrumentos internacionales que deben guiar la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales.¹⁶ Esto implica que ante la existencia de incongruencia entre el precepto constitucional y la norma del derecho internacional de los derechos humanos, la última modifique los efectos de la primera (de ser más protectora).¹⁷

3. Decisiones de la Corte IDH y de la Com IDH con relación al caso boliviano, con implicaciones para los ámbitos penal y procesal penal

3.1. Sobre las reparaciones determinadas por la Corte IDH

Los casos que se han ventilado ante la Corte IDH y que han alcanzado la determinación de reparaciones respecto del Estado boliviano son *Trujillo Oroza contra Bolivia*,¹⁸

¹⁴ Santalla Vargas, nota *supra* 3, p. 89.

¹⁵ Informe de la Com IDH de 2009, nota *infra* 67, § 55.

¹⁶ Abogando por esa postura, véase, Joanna Harrington: “The Democratic Challenge of Incorporation: International Human Rights Treaties and National Constitutions”, en *Victoria U. Wellington L. Review*, n.º 38, 2007, 217-235. Con relación al caso boliviano, Gustavo Medinaceli Rojas: “Criterios de interpretación en la Nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente versus jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 145.

¹⁷ En ese sentido, Horacio Andaluz: “La estructura del sistema jurídico: las relaciones de las fuentes del derecho en la Constitución vigente”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 25.

¹⁸ Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, sentencia de 27 de febrero de 2002 (reparaciones y costas).

*Ticona Estrada contra Bolivia*¹⁹ e *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*.²⁰ Los tres casos se inscriben en el espectro de las desapariciones forzadas acaecidas en Bolivia en los períodos dictatoriales (1964-1982).

3.1.1. *Trujillo Oroza contra Bolivia*

El primer caso que con relación a Bolivia llegó a la Corte IDH —y culminó con sentencia de fondo, de determinación de la responsabilidad internacional del Estado— fue *Trujillo Oroza*, que constituyó uno de los casos emblemáticos de desaparición forzada del régimen de facto del extinto presidente Hugo Bánzer Suárez (1971-1978).²¹

Uno de los componentes destacados del marco de reparaciones dispuesto por la Corte IDH fue la reformulación del sistema penal boliviano a efectos de incorporar la tipificación del delito de desaparición forzada de personas.²² En el marco de la supervisión de sentencias, el Estado, entre sus alegatos, hacía referencia a la existencia de un proyecto de ley que tipificaba el delito de desaparición forzada de personas y que había sido aprobado en primera instancia del procedimiento legislativo, esto es, ante la Cámara de Diputados.²³ Así, puede considerarse que la tipificación del delito, que estaba pendiente desde que se ratificara la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas, en 1996,²⁴ fue más bien una consecuencia de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH. En efecto, las diversas resoluciones de supervisión de sentencia que la Corte IDH expidió en el caso, desde el 2004, hacían hincapié en la obligación del Estado de concretar la tipificación del delito en cuestión,²⁵ lo que curiosamente aconteció en enero de 2006, cuando por cierto ya existía un proyecto de ley de implementación del ECPI²⁶ —que, desde luego, contemplaba el delito de desaparición forzada de personas en el marco

¹⁹ Caso *Ticona Estrada y Otros contra Bolivia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 27 de noviembre de 2008.

²⁰ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 1 de septiembre de 2010.

²¹ Para una visión panorámica, véase Santalla Vargas, nota *supra* 3, pp. 105-106.

²² Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia* (reparaciones y costas), sentencia de 27 de febrero de 2002, § 98.

²³ Ibídem, § 93 (c).

²⁴ Ratificada mediante la ley 1695, de 12 de julio de 1996. El artículo III establece la obligación de los Estados partes de tipificar la desaparición forzada de personas.

²⁵ Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia* (cumplimiento de sentencia), resoluciones de 17 de noviembre de 2004 y de 12 de septiembre de 2005.

²⁶ “Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI”, en Defensor del Pueblo-GTZ (eds.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, La Paz, 2005, pp. 197-267.

de los crímenes de lesa humanidad—.²⁷ Así, el delito fue tipificado,²⁸ mas solo en su faceta de delito ordinario y no como un delito/crimen de lesa humanidad, al no existir el elemento contextual en la tipificación —esto es, su realización en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil—, pese a que el contexto en el que acontecieron las constantes desapariciones forzadas y delitos conexos durante la dictadura puede reputarse como uno en el que argumentablemente se verificaba el elemento contextual al haber constituido una línea de conducta (estatal) que involucraba la comisión múltiple y sistemática de conductas delictivas contra los oponentes políticos, disidentes y, en general, contra quienes representaban una “amenaza” para los régimes dictatoriales.²⁹

Al circunscribirse la tipificación de la conducta al marco de la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas en 1994,³⁰ su alcance se limita a criminalizarla respecto del Estado. Esto resulta mucho más limitado con relación a la formulación del ECPI, en cuyo esquema la conducta es punible si el sujeto activo está constituido tanto por agentes estatales —o que actúan con su conocimiento o aquiescencia— como también por agentes no estatales (artículo 7.2.i del ECPI). En consecuencia, la conducta al presente, en el alcance con que fue tipificada, resultaría atípica si el sujeto activo fuera un agente no estatal, en cuyo caso se mantendría una situación de impunidad. Esto no solo es incompatible con la tipificación y el espíritu del ECPI, que en términos generales no circunscribe la punibilidad de los *core crimes* a su comisión por agentes estatales, sino que resulta encasillado en la tradicional —y argumentablemente superada— postura de considerar que solo el Estado (a través de sus agentes) puede ser responsable por la comi-

²⁷ Para una crítica de la tipificación que introdujo la ley a la luz de su compatibilidad con la tipificación planteada, en el marco de la implementación del ECPI, véase Elizabeth Santalla Vargas: “Informe sobre Bolivia”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 70-71.

²⁸ Ley 3326, de 18 de enero de 2006, que incorpora un artículo que tipifica el delito de desaparición forzada de personas en el capítulo I (Delitos contra la privación de libertad individual), del título X (Delitos contra la privación de libertad) del Código Penal.

²⁹ Elizabeth Santalla Vargas: “An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdictions”, en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010, p. 443.

³⁰ Artículo 2: “Para los efectos de la presente Convención, se entenderá desaparición forzada la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales, y de las garantías procesales pertinentes”.

sión de violaciones graves a los derechos humanos, en una época en la que el individuo ha alcanzado el estatus de sujeto (pleno) del derecho internacional.³¹

No obstante de ello, en su resolución de cumplimiento de sentencia del 2007, considerando el informe presentado por el Estado, la Corte IDH dio por cumplida la medida de reparación de tipificación del delito de desaparición forzada de personas, sin mayor pronunciamiento.³² Si bien no existe una obligación convencional dimanante para Bolivia, como Estado parte del ECPI desde el 2002, en el mismo sentido de la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas (que estipula de manera expresa la obligación de tipificación), es ampliamente aceptado que en virtud al principio de complementariedad los Estados están en la obligación de implementar, *inter alia*, los crímenes del ECPI (a efectos de hacer posible la obligación de persecución penal primaria que recae sobre ellos en función, precisamente, al principio de complementariedad). Cabe en consecuencia preguntarse si, a tiempo de dictaminar la tipificación de un crimen internacional, la Corte IDH no debería otorgar ciertos criterios o parámetros para la implementación desde una perspectiva de articulación de las áreas del derecho internacional que de manera integral tienden a la protección del individuo (en este caso, los derechos humanos y el derecho penal internacional), más aún cuando la tipificación enmarcada exclusivamente en el ámbito convencional de los derechos humanos conlleva, como en el presente caso, una disociación punitivo/normativa que puede generar escenarios de impunidad.

Esto, en opinión de la autora, no debería interpretarse como una intromisión de la Corte IDH en ámbitos en los que carece de competencia, sino que resultaría en consonancia con los postulados desarrollados por la propia Corte IDH en la determinación de la reparación. En efecto, la Corte IDH ha determinado que es el derecho internacional (y no el derecho interno) el derecho aplicable para establecer el marco de reparaciones en el caso concreto. Al no confinarse dicha apreciación al derecho internacional de los derechos humanos, es argumentable la posibilidad que asiste a la Corte IDH de articular

³¹ Con un análisis similar con relación al crimen de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldados, véase Elizabeth Santalla Vargas: "Convergencias y divergencias: derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional con relación al conflicto armado", en Oficina de Derecho Internacional, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Secretaría General, OEA (ed.): *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, Washington: OEA y CICR, 2007, pp. 57-66.

³² Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia* (resolución de cumplimiento de sentencia de la Corte IDH), 21 de noviembre de 2007, p. 10.

la medida de reparación dispuesta en función de las áreas del derecho internacional relevantes para ella. Es más, como se ha demostrado, dicha tarea es necesaria para combatir la fragmentación del derecho internacional y garantizar la efectividad de la reparación dispuesta.

Siguiendo la doctrina del *effet utile*, replicada por la Corte IDH, precisamente en uno de los casos respecto de Bolivia —*Ticona Estrada contra Bolivia*— la Corte IDH recordó que el principio del efecto útil o *effet utile* es aplicable no solo respecto de las normas sustantivas de la Convención Americana, sino también de las disposiciones con implicaciones de corte procesal o procedural, incluidas las referidas al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Así, los Estados parte de la Convención asumen la obligación de garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Esto implica que la interpretación y aplicación de la normativa, se efectúe “de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz”.³³

Esto lleva, en opinión de la autora, a considerar que en el presente caso, para que la tipificación de la conducta sea verdaderamente práctica y eficaz, esta no debe constreñirse a su concepción en el ámbito de los derechos humanos, sino que debe contemplar también los aspectos que dimanan del derecho penal internacional³⁴ o, más específicamente, del ECPI. En efecto, la tipificación en ese marco resulta más protectora, por las razones antes abordadas.³⁵ Esto se refuerza al considerar que la propia Corte IDH ha reconocido, precisamente en otra sentencia posterior relacionada con Bolivia —el caso *Ibsen*— la gravedad especial que amerita el delito de desaparición forzada de personas cuando su comisión se inscribe en un “[...] patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”.³⁶

Otra de las medidas, en el marco de reparaciones, dispuestas en el mencionado caso se refiere a la obligación del Estado de implementar, en un plazo razonable,

³³ *Ticona contra Bolivia*, nota *supra* 19, quinto considerando, con referencias a la jurisprudencia anterior.

³⁴ En esta línea, refiriéndose a la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, véase el voto razonado del juez Cançado Trindade, § 26, en *Almonacid Arellano y otros contra Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26 de septiembre de 2006.

³⁵ Esto no implica desconocer los problemas normativos que han sido identificados con relación a la tipificación en el ECPI.

³⁶ Caso *Ibsen*, nota *supra* 20, § 59.

[...] un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial [...] con el fin de que dichos funcionarios cuenten con los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente la práctica de la desaparición forzada [...].³⁷

En el mismo sentido, corresponde considerar que un programa de formación especial para el procesamiento del delito de desaparición forzada de personas resulta incompleto si no se aborda también desde el ámbito del derecho penal internacional.

Al constituir una medida progresivamente típica o común³⁸ en el sistema de reparaciones de la Corte IDH, se dispuso también la apertura de un proceso penal interno a efectos de determinar la responsabilidad penal individual de los involucrados en los hechos considerados probados y que dieran pie a la responsabilidad internacional del Estado (obligación de investigar y sancionar, en el léxico de la Corte IDH),³⁹ así como la investigación sobre el paradero del desaparecido y la devolución de sus restos mortales.⁴⁰

3.1.2. *Ticona Estrada contra Bolivia*

Como se ha mencionado, el caso *Ticona Estrada* también constituye uno de desaparición forzada de personas. La sentencia de fondo, reparaciones y costas⁴¹ ordenó al Estado boliviano llevar adelante el proceso penal por la desaparición forzada de Renato Ticona Estrada, por un lado, y dar curso a la búsqueda de sus restos mortales, por otro; asimismo, investigar los hechos ocurridos a Hugo Ticona Estrada y, en su caso, dar curso al proceso penal. Dispuso también la publicación en un medio de prensa nacional de partes de la sentencia de fondo y reparaciones. Adicionalmente, dispuso efectivizar los convenios de prestación de tratamiento médico y psicológico solicitados por las víctimas, así como dotar de los recursos humanos y materiales necesarios al Consejo Interinstitucional para el Esclarecimiento de Desapariciones Forzadas —órgano que fue constituido, *inter alia*, para efectivizar la búsqueda de los desaparecidos durante las

³⁷ Ibídem, § 258, y puntos resolutivos, § 13.

³⁸ Como apunta Donoso, existe una intrínseca relación entre las reparaciones y la lucha contra la impunidad en el sistema interamericano (nota *supra* 1, p. 58).

³⁹ Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia* (reparaciones), nota *supra* 18, § 91.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Dictada por la Corte IDH el 27 de noviembre de 2008.

dictaduras—. A dicho efecto, el Estado quedaba obligado a establecer en el plazo de un año una propuesta concreta con un cronograma de acción y planificación vinculadas al cumplimiento de esta disposición. Ordenó también el pago de una indemnización por daños materiales e inmateriales y reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año (de la notificación con la sentencia).⁴²

En el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus sentencias, la Corte IDH consideró que el Estado había dado cumplimiento a las obligaciones emergentes de las reparaciones dispuestas por la Corte IDH, manteniendo abierta dicha facultad de supervisión respecto de la ejecución de la sentencia dictada en el proceso interno (con relación a tres de los sentenciados); investigar y, en su caso juzgar, los hechos acaecidos a Hugo Ticona Estrada; proceder con la búsqueda de los restos de Renato Ticona Estrada; implementar efectivamente los convenios de prestación de tratamiento médico y psicológico y la construcción de una vivienda.⁴³

Al igual que en los otros casos de desaparición forzada, el proceso interno con relación a la desaparición forzada de Renato Ticona Estrada se sustanció por delitos ordinarios o comunes; a saber: asesinato, privación de la libertad, amenazas y secuestro, y resultó satisfactorio para la Corte IDH en el marco de la supervisión de sentencia.⁴⁴

3.1.3. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*

El 1 de septiembre de 2010, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado boliviano por la desaparición forzada de dos miembros de una misma familia, los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña. Los casos corresponden también a la gama de desapariciones forzadas acaecidas en el régimen dictatorial a principios de la década de los setenta (a partir de octubre de 1971 y febrero de 1973, respectivamente). En el primer caso, después de varios años de desconocimiento de su paradero por parte de sus familiares, en el 2008 se verificó su ejecución extrajudicial, habiéndose localizado sus restos, identificado y entregado a sus familiares.⁴⁵ En el segundo, el des-

⁴² Caso *Ticona contra Bolivia* (supervisión de cumplimiento de sentencia), 23 de febrero de 2011, pp. 1-2.

⁴³ *Ticona contra Bolivia*, nota *supra* 19, pp. 12-13.

⁴⁴ *Ibíd*, p. 12.

⁴⁵ *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, nota *supra* 20 (resumen de la sentencia de fondo, reparaciones y costas), p. 1.

conocimiento del paradero nunca fue resuelto, y el Estado reconoció la responsabilidad por la violación a varios de los derechos impetrados de la Convención Americana.⁴⁶

La primera medida de reparación dictaminada por la Corte IDH fue la apertura de un proceso interno eficaz, conducente a la determinación de lo sucedido en el caso del señor Rainer Ibsen Cárdenas y la tortura a que fue sujeto el señor José Luis Ibsen Peña, así como el inicio de las investigaciones tendentes a identificar a todos los responsables de su detención y desaparición. Para el efecto, la Corte IDH dispuso adicionalmente:

El Estado no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de esta obligación.⁴⁷

Es decir:

[...] los derechos humanos de las víctimas a la investigación de los hechos, el descubrimiento de la verdad, a la imprescriptibilidad de los delitos, a que no sean objeto de ningún tipo de amnistía, a que los acusados no puedan invocar la cosa juzgada ni el *ne bis in idem*, a que los culpables sean condenados rápidamente y a que ninguna circunstancia se oponga a la realización de los procesos y a la aplicación de las penas que correspondan.⁴⁸

El deber de investigar y sancionar penalmente conductas violatorias de los derechos humanos emergió en la jurisprudencia de la Corte IDH con *Velásquez Rodríguez*, en 1988⁴⁹ —caso que involucró también la desaparición forzada— y se consolidó al desarrollarse sus contenidos en casos posteriores. Podría considerarse que dicha determinación fue producto, en el *cas d'espèce*, de lo acontecido en el caso *Trujillo*, en el que, como se comenta más adelante, la prescripción constituyó uno de los principales escollos para la realización de un proceso expedito. Si bien puede valorarse como una disposición práctica basada en la experiencia del tratamiento de los casos respecto del mismo Estado en cuestión, justifica un análisis, por un lado, de la factibilidad de su

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ Ibídem, p. 4 (a).

⁴⁸ Daniel Pastor: "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, p. 485.

⁴⁹ Sentencia de 29 de julio de 1988.

aplicación en mérito a la articulación de la relación del derecho internacional con el derecho interno y, por otro, del rol de la Corte IDH a tiempo de dictaminar una medida de reparación de corte penal, aspecto que permea el desarrollo general de esta contribución.

La primera cuestión adquiere al presente un nuevo enfoque con la entrada en vigor de la nueva CPE, y resulta, al menos teóricamente, no problemática. En efecto, como se planteó inicialmente, la Convención Americana no solo integra el bloque de constitucionalidad sino que, en mérito a la supremacía que la propia CPE otorga a los instrumentos internacionales de derechos humanos, los preceptos constitucionales que resultaran contrarios a ella serían interpretados a la luz de la Convención. Así, la instrucción al Estado de la eliminación de todo obstáculo jurídico —incluidas las garantías judiciales— para llevar adelante la persecución penal no resulta problemática con el régimen constitucional (actual).

Cabe mencionar que, siendo los casos sobre Bolivia esencialmente de desaparición forzada de personas, la medida de reparación *par excellence* ha sido la disposición de la búsqueda y entrega a los familiares del paradero y los restos mortales de la(s) víctima(s). Sin embargo, al igual que en el resto de los casos similares concernientes a otros países, si bien esta medida ha sido puesta en marcha y adicionalmente existe un archivo histórico de las dictaduras (1964-1982),⁵⁰ no ha alcanzado los resultados esperados, y es, conjuntamente con la medida de investigación y procesamiento, una de las menos cumplidas de modo general.⁵¹ Una muestra elocuente de ello la constituye la búsqueda infructuosa de Renato Ticona Estrada, cuyo destino final y paradero nunca fueron esclarecidos y han permanecido desconocidos por la familia durante más de 30 años.⁵² La razón de la falta de efectividad de dicha medida ameritaría un estudio en particular tanto fáctico como jurídico, dado que los casos de desaparición forzada de personas comprenden un amplio e importante espectro de la jurisprudencia de la Corte IDH y su permanente incumplimiento puede derivar en una suerte de revictimización.⁵³ En estrecha relación se ubica la polémica interna que se suscitó respecto a la solicitud de

⁵⁰ Informe de gestión del Ministerio de Justicia de 2011. El informe da cuenta de las exploraciones y misiones de búsqueda efectuadas.

⁵¹ Donoso, citando a Saavedra, nota *supra* 1, p. 60.

⁵² *Ticona contra Bolivia* (resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia), 23 de febrero de 2011, § 18.

⁵³ Hasta donde se tiene conocimiento, y salvo mejor información, no existe un estudio en ese sentido.

los familiares de las víctimas para la desclasificación de archivos confidenciales de las Fuerzas Armadas.⁵⁴

3.2. Recomendaciones de la Com IDH en informes conforme a los artículos 50 y 51 CADH

El caso de la servidumbre y tratos análogos que pueden caracterizarse como prácticas análogas de servidumbre o esclavitud, representa un caso emblemático de la influencia de las recomendaciones de la Com IDH producto de las visitas *in loco* en el derecho interno con consecuencias penales. Esto se aborda más adelante (efectos de las decisiones en la normativa interna).

4. Fundamentos jurídicos para el cumplimiento de las decisiones de los órganos del sistema interamericano

4.1. Ámbito normativo

Conforme al artículo 68.1 de la Convención Americana, “[...]os Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, precepto que ha sido interpretado en el sentido de referirse a la parte resolutiva de la sentencia o resolución de la Corte IDH.⁵⁵ Puede advertirse que en el caso boliviano, como se ha indicado, el carácter vinculante de las reparaciones dictadas por la Corte IDH no ha sido puesto en cuestionamiento. Así, en el primer caso que alcanzó sentencia de reparaciones, *Trujillo Oroza*, el Estado boliviano reconoció expresamente estar obligado a acatar el fallo, lo que se desprende de la normativa interna dictaminada a efectos de allanar la operatividad de las medidas pecuniarias de reparación. En efecto, el decreto supremo 27001, de 17 de abril de 2003, cuyo objeto era establecer los me-

⁵⁴ Kai Ambos y Elizabeth Santalla: “Entry on Bolivia”, en Lavinia Stan y Nadya Nedelsky (eds.): *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge (disponible desde enero del 2013).

⁵⁵ Por ejemplo, véase Ezequiel Malarino: “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, p. 28.

canismos para el cumplimiento de la sentencia de reparaciones, particularmente en lo concerniente al pago de daños dispuesto por la Corte IDH y la consiguiente exención tributaria, estableció en sus considerandos:

Que en reconocimiento de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana y, en cumplimiento de sus sentencias, es deber del Estado Boliviano realizar el pago establecido en la Sentencia de Reparaciones de 27 de febrero de 2002, motivo por el cual se hace necesario dictar el presente Decreto Supremo.⁵⁶

En consecuencia, para el Estado boliviano el fundamento jurídico de la obligación de cumplimiento de las reparaciones dictaminadas deriva del reconocimiento de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana, lo que puede reputarse como un razonamiento lógico, considerando que al aceptar dicho orden jurisdiccional internacional para adjudicar y decidir sobre la responsabilidad internacional existe también una implícita aceptación de las medidas de reparación dictaminadas por la Corte IDH. Sin embargo, existiendo una disposición específica convencional que obliga al Estado boliviano, como Estado parte de la Convención Americana, a cumplir las decisiones de la Corte IDH, dicho argumento resulta incompleto, y en consecuencia corresponde hacer notar que el decreto supremo en cuestión no hizo referencia a ello. Como ha sido advertido por la doctrina, la disposición del artículo 68.1 contiene el principio de la *pacta sunt servanda*,⁵⁷ es decir, que los tratados en general y sus disposiciones son para cumplirse.⁵⁸ Este principio del derecho internacional da lugar a la improcedencia de la invocación de dificultades o barreras en el orden interno para dar cumplimiento o implementar las decisiones establecidas en el marco de reparaciones, vinculantes por cierto para todos los poderes y órganos del Estado. Esto ha sido reiterado por la Corte IDH al supervisar el cumplimiento de sentencia en *Ticona Estrada contra Bolivia*.⁵⁹

⁵⁶ Decreto supremo 27001, de 17 de abril de 2003, presidencia de Carlos Mesa, último considerando.

⁵⁷ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

⁵⁸ Omar Huertas Díaz et al. (comp.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Ibáñez, 2005, p. 813 (citando a Francisco Barbosa Delgado).

⁵⁹ *Ticona contra Bolivia* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de 23 de febrero de 2011, cuarto considerando, p. 3 (con citas a la jurisprudencia previa de la Corte IDH respecto de dichos puntos).

4.2. Jurisprudencia

No obstante la amplitud conceptual que implica la doctrina del efecto útil, siguiendo el sentido con que ha sido desarrollada y aplicada en la jurisprudencia internacional, y consiguientemente la apertura a soluciones de distinta índole que puede favorecer en el plano nacional, particularmente en los casos en que no existe normativa específica para efectivizar la aplicación de determinada medida de reparación, aquella no parece haber calado en la jurisprudencia nacional. En todo caso, puede considerarse que, en el ámbito interno, el carácter vinculante y, por ende, el deber de dar cumplimiento a las decisiones de los órganos del sistema interamericano no ha sido objeto de cuestionamiento o puesto en tela de juicio. De los informes correspondientes a la etapa de reparaciones, desde el caso *Trujillo* en adelante, se desprende que el Estado boliviano ha procurado demostrar su cumplimiento a las medidas dictaminadas por la Corte IDH.

5. Efectos de las decisiones de los órganos del sistema interamericano en el ámbito interno

5.1. Efectos en la normativa interna

La nueva Constitución Política del Estado, en vigor desde febrero de 2009, recoge preceptos que denotan la influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano relacionadas con Bolivia. Como se ha mencionado, los casos que alcanzaron sentencia de determinación de responsabilidad internacional para el Estado boliviano involucran casos de desapariciones forzadas producto de la época dictatorial del país. Así, por un lado se elevaron a la categoría de derechos fundamentales la prohibición absoluta de la desaparición forzada, del sometimiento a servidumbre o esclavitud, de la trata y el tráfico de personas,⁶⁰ y, por otro, se introdujo como una garantía jurisdiccional el reconocimiento de que la vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, la reparación y el resarcimiento de daños y perjuicios de manera oportuna,⁶¹ lo que resulta una consecuencia indirecta de las decisiones de los órganos

⁶⁰ Artículo 15 (IV): “Ninguna persona podrá ser sometida a desaparición forzada por causa o circunstancia alguna”; (V) “Ninguna persona podrá ser sometida a servidumbre ni esclavitud. Se prohíbe la trata y tráfico de personas”.

⁶¹ Artículo 113 (I).

del sistema interamericano. Adicionalmente, y como componente del derecho a reparaciones, se introdujo el deber del Estado de interponer una acción de repetición contra la autoridad o el servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño que desencadenó la obligación de reparación patrimonial para el Estado.⁶² Cabe notar que la acción de repetición estaba ya contemplada en la Ley 1178, de Administración y Control Gubernamentales, de 1990.⁶³

Por su parte, la incorporación de la prohibición constitucional del sometimiento a servidumbre o esclavitud puede reputarse como una consecuencia de los informes *in loco* de la Com IDH. En efecto, en diciembre de 2009 la Com IDH emitió su informe “Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia”, producto de su visita de trabajo y observación realizada del 9 al 13 de junio de 2008, a raíz de las denuncias que había recibido en su visita *in loco* de 2006. En su informe sobre la visita de 2006, denominado “Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia”, la Com IDH se pronunció sobre la situación de trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud. Así, estableció:

La Comisión ha tomado conocimiento de un alto número de personas que en diversas circunstancias han estado sometidas a situaciones de servidumbre por deudas análogas a la esclavitud, en no pocos casos agravadas con elementos de trabajo forzoso, las cuales vienen de décadas atrás y se mantienen vigentes ante la falta de respuesta integral y efectiva del Estado.⁶⁴

En dicho informe, la Com IDH recomendó al Estado boliviano, *inter alia*, priorizar las medidas dirigidas a erradicar la situación de servidumbre y/o trabajo forzoso. El 25 de abril de 2008, la Com IDH emitió un comunicado de prensa en el que deploraba que un alto número de familias indígenas del pueblo guaraní continuaban en una situación de servidumbre análoga a la esclavitud y recordaba al Estado su obligación de erradicar toda situación de esa naturaleza con carácter inmediato, resaltando el carácter contrario

⁶² Artículo 113 (II).

⁶³ Artículo 32: “La entidad estatal condenada judicialmente al pago de daños y perjuicios a favor de entidades públicas o de terceros, repetirá el pago contra la autoridad que resultare responsable de los actos o hechos que motivaron la sanción”.

⁶⁴ Com IDH: “Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento a la democracia en Bolivia”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, de 28 de junio de 2007, § 257.

de dicha práctica a las obligaciones emergentes de distintos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado boliviano.

En su informe de 2009, la Com IDH reiteró que el fenómeno que afecta a aproximadamente 600 familias cautivas en el Chaco boliviano, pertenecientes al pueblo indígena guaraní, sometidas a condiciones de servidumbre por deudas y trabajo forzoso, constituye una forma contemporánea de esclavitud. Dicha situación, que además confluye en una forma extrema de discriminación, fue deplorada por la Com IDH.⁶⁵ Entre las recomendaciones que emanan del informe, resalta la prevención, investigación y sanción de toda forma contemporánea de esclavitud.⁶⁶ Sin embargo, la implementación efectiva de dicha recomendación parte de considerar la compatibilidad que guarda el marco jurídico interno con el derecho internacional relevante, aspecto respecto del cual no se pronuncia el informe de la Com IDH, si bien establece que se trata de conductas que constituyen delitos tanto en el ámbito del derecho nacional como internacional.⁶⁷ Cabe resaltar que la Com IDH considera que la prohibición de la esclavitud y prácticas análogas, conductas prohibidas por el derecho consuetudinario, alcanza el umbral de *jus cogens*, cuya violación constituye también la comisión de un crimen contra el derecho internacional.⁶⁸ Así, el informe hace mención a la criminalización de la conducta en el ámbito del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero no se advierte referencia alguna a la continua carencia de implementación en el ordenamiento penal.

La cuestión de si un pronunciamiento en ese sentido quedaría comprendido en el alcance de la competencia de la Com IDH es un aspecto que amerita un análisis particular (una argumentación afirmativa es desarrollada aquí con relación al principio del efecto útil [*effet utile*] y el contenido de las reparaciones dictadas por la Corte IDH. Argumentablemente, el análisis es también aplicable en el contexto de la Com IDH). Al respecto, cabe mencionar que en el caso *Ibsen*, la Corte IDH justificó su falta de pronunciamiento con relación al persistente incumplimiento de las obligaciones de implementación dimanantes del artículo IV de la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas —a saber, la aplicación de los principios jurisdiccionales relevantes, incluidos los de personalidad pasiva (ausente en la legislación interna) y de universalidad en su

⁶⁵ 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, § 1 y 3.

⁶⁶ Ibídem, § 5.

⁶⁷ Ibídem, § 16.

⁶⁸ Ibídem, § 54.

relación con el principio *aut dedere aut judicare*— en el hecho de que la Com IDH no había argumentado el incumplimiento de dichas obligaciones ni tampoco efectuado relación alguna al caso concreto.⁶⁹

Si bien la prohibición constitucional de toda práctica de desaparición forzada resulta emblemática en atención al pasado dictatorial de Bolivia y, por su parte, la prohibición de toda forma de esclavitud cobra relevancia actual en razón de los hechos reportados y verificados como emana de los informes de la Com IDH, surgen aquí dos cuestionamientos: 1) la disparidad de su tratamiento en relación con los otros crímenes del derecho internacional, y 2) la pertinencia de la asimilación/incorporación de su prohibición a la categoría de derechos fundamentales en el ámbito constitucional. Es decir, ¿no ameritan los otros *core crimes* un tratamiento constitucional similar, ya que se opta por establecer una prohibición constitucional en ese sentido?, y ¿resulta pertinente asimilar dicha prohibición al ámbito de los derechos fundamentales? Aquí cabe considerar que varios otros instrumentos internacionales que establecen obligaciones de represión penal son vinculantes para el Estado boliviano, en particular el ECPI. En consecuencia, si bien las prohibiciones en cuestión responden al contexto nacional, existiendo una clara repercusión de las decisiones del sistema interamericano en la normativa interna a nivel constitucional, esta, aunque simbólica, resulta cuestionable en cuanto a su consistencia jurídica.

En efecto, si bien la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (1992) considera que las desapariciones forzadas de personas afectan varios derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 1), la asimilación de su prohibición a la categoría de derechos fundamentales es poco sustentable desde un punto de vista de congruencia normativa, si se tiene en cuenta que los otros *core crimes* involucran también la afectación de derechos humanos y libertades fundamentales, es decir, del derecho a la vida, la libertad, la integridad, etcétera.

Estos cuestionamientos, en opinión de la autora, no se diluyen por el hecho de que existan precedentes en el ámbito constitucional comparado.⁷⁰

⁶⁹ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, nota *supra* 20, § 195.

⁷⁰ Para una panorámica constitucional comparada al respecto, véase Florentín Meléndez: *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Fundación Editorial Universidad del Rosario, 2012.

5.2. Efectos en los casos judiciales

Una de las principales repercusiones que las decisiones de los órganos del sistema interamericano han tenido internamente es la apertura de los procesos penales subsecuentes a la disposición de la Corte IDH de efectuar la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables por violaciones graves a los derechos humanos determinadas por la Corte IDH. Así, desde el caso *Trujillo Oroza* en adelante se abrieron varios procesos penales,⁷¹ que se caracterizan principalmente por haber subsumido la conducta de desaparición forzada de personas en los delitos de privación de libertad, asociación delictuosa, organización criminal, encubrimiento, asesinato, vejaciones y torturas (toda vez que la conducta se tipificó recién el 2006, demora que por cierto dio lugar a que en *Ticona Estrada contra Bolivia* la Corte IDH declarara el incumplimiento de las obligaciones del Estado, establecidas en los artículos I.d y III de la Convención sobre Desaparición Forzada y 2 de la Convención Americana).⁷²

Cabe resaltar que el caso *Ibsen* involucró la modificación de la calificación penal, dado que el proceso interno se encontraba en curso cuando se tipificó la desaparición forzada de personas —la sentencia se dictó el 13 de diciembre de 2008—, delito que la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia reputó de carácter continuo o permanente, razón por la cual su aplicación no constituyó una violación al principio de irretroactividad de la ley penal, en el entendido de que a tiempo de la tipificación el delito continuaba cometiéndose al continuar desaparecidas las personas que habían sido detenidas por los procesados.⁷³ La aplicación del tipo fue valorada por la Corte IDH,⁷⁴ siguiendo la línea trazada en otro caso contra el Estado boliviano y los pronunciamientos

⁷¹ *Tito Ibsen Castro contra Los autores*, Juzgado Cuarto de Instrucción Cautelar en lo Penal; *Comisión Nacional de Investigación de Ciudadanos Desaparecidos contra René Veizaga y otros*, Juzgado Tercero de Partido en lo Penal Liquidador; *Celima Torrico (Ministra de Justicia) contra Los autores*, investigación por los hechos de la Guerrilla de Teoponte de 1970, Juzgado Segundo de Instrucción Cautelar en lo Penal; *Ministerio Público contra Franz Pizarro Solano - Marcelo Quiroga Santa Cruz (desaparecido fallecido)*, Juzgado Segundo de Partido en lo Penal Liquidador; *Ministerio Público contra Luis García Meza*, Juzgado Tercero de Ejecución en lo Penal. *Informe de Gestión del Ministerio de Justicia*, de 2011.

⁷² Resaltado en la sentencia de fondo y reparaciones en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, nota *infra* 74, § 194.

⁷³ Corte Suprema, Sala Penal Segunda, *Ministerio Público contra Justo Sarmiento Alanes y Otros*, auto supremo 247, de 16 de agosto de 2010.

⁷⁴ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia* (sentencia de fondo, reparaciones y costas), 1 de septiembre de 2010, § 209.

similares de otros Estados partes,⁷⁵ lo que no ocurrió con los delitos de homicidio del señor Rainer Ibsen Cárdenas y de tortura del señor José Luis Ibsen Peña, cuya persistente impunidad fue considerada por la Corte IDH como una violación al artículo 8.1 de la Convención Americana.⁷⁶

A diferencia de la desaparición forzada de personas, la Corte Suprema de Justicia ratificó la aplicación de la prescripción a los delitos de homicidio y tortura. El racional que fundamentó dicha conclusión resulta, sin embargo, por demás cuestionable. Por un lado, la Corte Suprema consideró que, por su modo de comisión, los delitos de homicidio y tortura constituyan crímenes de lesa humanidad, conforme al artículo 7 del ECPI, y eran por tanto imprescriptibles. Añadió:

[...] sin embargo de lo cual cabe señalar que, por la expresa determinación contenida en el artículo 11 del mencionado Estatuto de Roma, no es posible la aplicación de tal precepto porque la competencia para el respectivo enjuiciamiento está establecida en razón de tiempo solamente para delitos cometidos después del 17 de julio de 1998, más aún si tomamos en cuenta que nuestro país ratificó este instrumento legal recién el 27 de junio de 2002, en dicho mérito se debe tomar en cuenta que por expresa determinación del artículo 24 de dicho Estatuto, nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a la entrada en vigor de tal Estatuto, razón por la cual tomando en cuenta que ha sido probado que Rainer Ibsen Cárdenas fue asesinado el 19 de junio de 1972, no pueden ser aplicadas las disposiciones del Estatuto de Roma a ese caso ni a los hechos de vejaciones y torturas de que fueron víctimas José Luis Ibsen Peña y José Carlos Trujillo Oroza entre 1971 y 1973.⁷⁷

Esto amerita una serie de observaciones. En principio, es evidente que el artículo 7 del ECPI no es aplicable *per se* al caso. Como indican los artículos 6, 7 y 8, la definición de los crímenes tiene efectos con relación al Estatuto y la competencia *ratione materiae* de la CPI. Así, resulta necesaria la implementación de los crímenes en el ordenamiento interno. Podría tratarse de una sola norma que haga remisión a las definiciones de los crímenes del ECPI y las torne aplicables internamente —aunque esta no es la opción

⁷⁵ La Corte IDH hace referencia a la Corte Suprema de Justicia del Perú, el Tribunal Constitucional del Perú, la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y la Corte Constitucional de Colombia. *Ibíd*, § 201.

⁷⁶ *Ibíd*.

⁷⁷ Corte Suprema, nota *supra* 73, p. 3.

más adecuada, como se ha argumentado en otros trabajos específicos sobre el tema⁷⁸—, pero en el caso boliviano no existe dicha norma, ni ningún otro tipo de implementación. En consecuencia, el rational de la Corte Suprema partió de una premisa incorrecta. Asimismo, la aplicación del artículo 11 del ECPI se circunscribe a la competencia *ratione temporis* de la CPI. Cabe aclarar que el ECPI, si bien se adoptó en 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002 (cuando se llegó a los 60 Estados partes, uno de los cuales fue Bolivia).⁷⁹ Por lo tanto, la CPI puede asumir competencia temporal respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor, también respecto de los vínculos jurisdiccionales que se presentaran con relación a Bolivia. Pero esto no guarda ninguna relevancia para la discusión del caso *Ibsen*, toda vez que no estaba en consideración la competencia de la CPI.

Unos días después, rechazando la solicitud que presentara el fiscal general de la República a efectos de la aclaración, complementación y enmienda del auto supremo en cuestión (247), consultando, *inter alia*, si el Ministerio Público debía investigar los asesinatos de José Luis Ibsen Peña, Rainer Ibsen Cárdenas y José Carlos Trujillo Oroza, la Corte Suprema confirmó el auto supremo 247 en todos sus extremos. Afirmó que no había lugar a modificación alguna de dicha resolución y resaltó que, habiéndose comprobado fehacientemente en el proceso el delito de desaparición forzada de personas y al ser este un delito de carácter plurifensivo, “[...] los otros hechos acerca de los cuales sólo hubo prueba semiplena, no qued[ab]an impunes”⁸⁰

En su sentencia de 1 de septiembre de 2010, la Corte IDH manifestó:

[...] independientemente de si una conducta es determinada por el tribunal interno como crimen de lesa humanidad o no, para el análisis de la aplicación del instituto procesal de la prescripción a conductas tales como la tortura o el asesinato cometidas durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, como ya ha quedado establecido en la presente Sentencia y como fue reconocido por el Estado, debe tenerse en cuenta el deber especial que éste tiene frente a tales conductas de realizar las debidas investigaciones y determinar las

⁷⁸ Elizabeth Santalla Vargas: “Informe Bolivia”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 113-115.

⁷⁹ Bolivia efectuó la ratificación el 24 de mayo de 2002, mediante la ley 2398, cuyo depósito se efectuó el 27 de junio del mismo año.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Segunda, *Ministerio Público contra Óscar Menacho Vaca y Justo Sarmiento Alanes*, auto supremo 249, de 20 de agosto de 2010.

correspondientes responsabilidades por los hechos respectivos para que éstos no queden en la impunidad.⁸¹

Es decir, para la Corte IDH los delitos de asesinato y tortura en el caso constituyeron crímenes de lesa humanidad, respecto de los que no cabe aplicar el instituto de la prescripción. Es más, en su parte dispositiva estableció la obligación del Estado de remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, a efectos del procesamiento de dichos delitos.⁸² Lo que no queda claro es la manera de efectivizar dicho procesamiento, ante la falta de implementación de los crímenes de lesa humanidad. La posibilidad de sustanciar un proceso sobre la base del derecho consuetudinario es por demás espinosa. No solo amerita la reflexión sobre si dichos crímenes tenían carácter consuetudinario a tiempo de su comisión, sino que, suponiendo que lo tenían, la cuestión punitiva y la compatibilidad constitucional de dicha medida quedarían en franco escrutinio.

Cabe notar que el Estado boliviano presentó una solicitud de interpretación de la sentencia, mas solo respecto a la aplicación de los montos resarcibles (que, por cierto, fue rechazada por su presentación extemporánea).⁸³ En el momento de la redacción del presente trabajo la autora no cuenta con información respecto de la manera como se puede estar dando cumplimiento a la disposición en cuestión de la Corte IDH —al margen de la mencionada posición asumida por la Corte Suprema respecto a la subsunción de conductas por la aplicación del tipo de desaparición forzada de personas—. Más allá de ello, resulta objetable el precedente jurisprudencial de aplicación directa de los crímenes del ECPI, es decir, por el solo hecho de la ratificación y sin ningún mecanismo de implementación en procesos internos.

En el sentido anterior, resulta oportuno considerar la reflexión de la Corte IDH —en el mismo caso— con relación a la aplicación de la desaparición forzada de personas:

[...] la Corte estima que una apreciación incorrecta a nivel interno sobre el contenido jurídico de la desaparición forzada de personas obstaculiza el desarrollo efectivo del proceso penal en detrimento del deber de investigar del Estado y del derecho de acceso a la justicia a favor de las víctimas. [...].⁸⁴

⁸¹ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, nota *supra* 20, § 208.

⁸² *Ibídem*, puntos resolutivos, 7 y 8.

⁸³ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, resolución de 22 de febrero de 2011.

⁸⁴ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, nota *supra* 20, § 200.

Aunque la Corte IDH no lo manifestó, probablemente en atención al ámbito de su competencia, lo anterior es también aplicable a la interpretación de la aplicabilidad *per se* de los crímenes del ECPI, que además de ser errónea no alienta la concreción de su necesaria implementación en el ámbito interno.

5.3. ¿Existen mecanismos jurídicos para hacer efectivas en el ámbito interno las decisiones de los órganos interamericanos? Criterios legales

Las reparaciones de resarcimiento económico dictaminadas por la Corte IDH, desde el caso *Trujillo Oroza*, a efectos de su ejecución han involucrado la dictación de decretos supremos, medida que esencialmente puede reputarse necesaria en razón de las exenciones tributarias que dichos pagos implican. En efecto, lo propio aconteció en *Ibsen Cardenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, para cuyo efecto se expidió el DS 0840, de 6 de abril de 2011.

Como ha sido reconocido, una *reparatio* integral vinculada a la realización de la justicia requiere la superación de los obstáculos que hacen a la investigación y el procedimiento de los delitos que involucran violaciones graves a los derechos humanos. Esto implica una visión tanto compensatoria como punitiva del régimen de reparaciones, que resulta en concordancia con el desarrollo del derecho internacional.⁸⁵ Desde esa perspectiva, la incorporación del reconocimiento constitucional de la imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra (artículo 111) en la nueva CPE⁸⁶ puede reputarse como un mecanismo jurídico que allana los escollos que se presentaron en los casos ventilados ante la Corte IDH contra el Estado boliviano, como se desarrolla a continuación.

⁸⁵ Donoso, nota *supra* 1, p. 58, citando la sentencia en *Myrna Mack-Chang contra Guatemala* y la opinión separada del juez Cançado Trindade.

⁸⁶ Nótese que el artículo incluye el delito de traición a la patria y omite el crimen de agresión.

6. Obstáculos jurídicos para el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos

Trujillo Oroza contra Bolivia marca un hito en la visualización del otro tradicional obstáculo de la figura jurídica de la prescripción para efectivizar la represión penal, en el ámbito del derecho interno boliviano, por conductas que involucran una grave violación de derechos humanos. En efecto, internamente la acción penal se había extinguido por efectos de la prescripción; la decisión judicial fue confirmada en apelación y ante ella se interpuso un recurso de amparo constitucional que no fue admitido; el rechazo fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, que en revisión revocó la mencionada resolución, dando pie a la continuación del proceso penal.

El razonamiento del Tribunal Constitucional fue que los delitos en cuestión no habían prescrito por cuanto se trataba de delitos permanentes —el proceso interno se sustanció por los delitos de privación de libertad y vejaciones y torturas, ante la inexistencia de tipificación de la desaparición forzada de personas— y haberse seguido todas las acciones pertinentes y posibles desde que comenzó su ejecución.⁸⁷ Así, no hubo discusión de la imprescriptibilidad conforme al derecho internacional y su aplicación en el contexto nacional.⁸⁸ Toda vez que la sentencia constitucional se suscitó en el contexto del proceso de reparaciones de la Corte IDH⁸⁹ y que los representantes de la víctima y sus familiares solicitaron a la Corte IDH, en la etapa de reparaciones, instruir a la jurisdicción nacional la remoción del obstáculo de la prescripción,⁹⁰ puede evidenciarse la directa influencia que en este caso ejerció el proceso de reparaciones de la Corte IDH en la jurisprudencia nacional.

No obstante, cabe mencionar que la cuestión de la imprescriptibilidad de los delitos del o contra el derecho internacional ha seguido un cauce inesperado en el derecho penal boliviano —aunque no de manera exclusiva: esta tendencia ha sido también adoptada por otros ordenamientos latinoamericanos⁹¹—. El argumento resultó propicio para la

⁸⁷ Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 1190/01-R, de 12 de noviembre de 2001, quinto considerando, párrafos tercero y cuarto.

⁸⁸ Santalla Vargas, nota *supra* 3, p. 106.

⁸⁹ Elizabeth Santalla Vargas: “Informe sobre Bolivia”, en Kai Ambos et al. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 86-87.

⁹⁰ *Trujillo Oroza contra Bolivia* (sentencia de reparaciones y costas), 27 de febrero de 2002, p. 30.

⁹¹ Es el caso de Venezuela, por ejemplo.

apertura y la sustanciación de procesos por casos de narcotráfico, reputados por parte de la jurisprudencia nacional como delitos de lesa humanidad, lo que ha justificado un régimen diferente de garantías.⁹²

7. Conclusiones

Como apunta Donoso, a tiempo de evaluar el grado de cumplimiento de las decisiones de reparación de los órganos del sistema interamericano, resulta importante considerar que el éxito de las medidas de reparación va más allá del mero cumplimiento de las sentencias, para involucrar la manera o la calidad de su cumplimiento.⁹³ Esto es particularmente relevante con relación a las disposiciones de investigación y procesamiento interno y de tipificación, las mismas que resultan intrínsecamente relacionadas al impacto del sistema de reparaciones en el sistema penal interno.

Si bien la competencia de la Corte IDH se circunscribe a la aplicación de la CADH y de otros tratados que le otorguen competencia, a tiempo de instruir al Estado el procesamiento interno de delitos que involucran la violación grave de derechos humanos, como lo demuestran los casos respecto de Bolivia, resulta importante que dicha medida se acompañe de lineamientos o al menos de la instrucción de efectuar en el ámbito interno una apreciación correcta del derecho internacional (penal) aplicable. Como puede advertirse en el caso boliviano, una apreciación y aplicación incorrecta del derecho internacional en aras de favorecer el cumplimiento de la obligación de sustanciar el proceso interno puede más bien obstaculizar el desarrollo efectivo del derecho penal interno, en detrimento del deber de investigar y procesar del Estado y del derecho de acceso a la justicia a favor de las víctimas. La falta de una adecuada incorporación y articulación del derecho penal internacional en el contexto nacional ciertamente no favorece la obligación estatal de remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, a efectos de combatir la impunidad, como ha sido precisamente dictaminado en casos con relación a Bolivia.

⁹² Santalla Vargas, nota *supra* 89, pp. 84-86.

⁹³ Donoso, nota *supra* 1, p. 66.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, y Elizabeth SANTALLA: "Entry on Bolivia", en Lavinia STAN y Nadya NEDELSKY (eds.): *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge (disponible desde enero del 2013).
- ANDALUZ, Horacio: "La estructura del sistema jurídico: las relaciones de las fuentes del derecho en la Constitución vigente", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- "Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI", en Defensor del Pueblo-GTZ (eds.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, La Paz, 2005.
- DONOSO, Gina: "Inter-American Court of Human Rights' Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach", en *Revista IDH*, n.º 49, 2009.
- HARRINGTON, Joanna: "The Democratic Challenge of Incorporation: International Human Rights Treaties and National Constitutions", en *Victoria University of Wellington Law Review*, n.º 38, 2007, 217-35.
- HUERTAS DÍAZ, Omar et al. (comp.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Ibáñez, 2005.
- MALARINO, Ezequiel: "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales", en Kai AMBOS et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai AMBOS et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- MEDINACELI Rojas, Gustavo: "Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente versus jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- MELÉNDEZ, Florentín: *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Fundación Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- OEA, Sección de Tratados Multilaterales, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convention_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm Bolivia> (20.8.2012). Nota OEA/MI/262/93, del 22 de julio de 1993.
- PASTOR, Daniel: "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en Kai AMBOS et al. (eds.): *Sistema interamericano de protec-*

- ción de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth: “An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdictions”, en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010.
- “Convergencias y divergencias: derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional con relación al conflicto armado”, en OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, SECRETARÍA GENERAL, OEA (ed.): *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, Washington: OEA y CICR, 2007.
- “Informe Bolivia”, en Kai AMBOS et al. (eds.): *Dificultades Jurídicas y Políticas para la Ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- “Informe sobre Bolivia”, en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- Informe sobre Bolivia”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- “Informe sobre Bolivia”, en Kai AMBOS et al. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

O BRASIL E A EXECUÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS*

*Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado,
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
(IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*

RESUMEN. Brasil no cuenta con un marco jurídico de regulación de los procedimientos y mecanismos que se deben adoptar para la ejecución de las decisiones pronunciadas por los diferentes órganos que componen el sistema interamericano de derechos humanos. Además, la jurisprudencia brasileña ha sido resistente a la obligatoriedad jurídica del derecho internacional de los derechos humanos. El Tribunal Supremo Federal, por ejemplo, considera que el Pacto de San José está en un plano de suprallegalidad que lo sitúa en una posición intermedia entre la legislación ordinaria y el orden constitucional. Dicha postura genera dificultades para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Corte Interamericana, especialmente cuando éstas involucran la adopción de medidas penales. En ese sentido, el caso Lund es bastante emblemático. Es que la declaración de invalidez de la Ley de Amnistía brasileña, junto a la orden de establecer responsabilidades penales por la práctica de graves violaciones a los derechos humanos en el contexto del régimen militar, colide directamente con la decisión del STF (ADPF 153) que reconoció la validez constitucional de la amnistía. El trabajo pretende analizar las vías seguidas por los diferentes niveles del poder público en relación con el cumplimiento de las órdenes del sistema interamericano de derechos humanos, señalando las soluciones y dificultades encontradas.

Palabras claves: ejecución de las decisiones pronunciadas por el sistema interamericano de derechos humanos; casos Ximenes Lopes, Escher, Garibaldi y Lund; amnistía y crímenes cometidos en el contexto de la represión política del régimen militar; desaparición forzada de personas y secuestro.

* Agradecimento ao Ministério Público Federal, nas pessoas de Marlon Alberto Weichert, Sérgio Gardenghi Suiama e Inês Virgínia Prado Soares pelas informações prestadas relativamente às ações penais ajuizadas para cumprimento das obrigações impostas pela Corte IDH no caso *Lund*. Agradecimento, também, à Larissa Leite pela ajuda em parte da pesquisa.

ABSTRACT. Brazil lacks a legal framework for the adoption of regulatory procedures and mechanisms for the implementation of decisions made by the various bodies that comprise the Inter-American system of human rights. Moreover, Brazilian case law has resisted the binding nature of the international law of human rights. For example, the STF (Supreme Federal Court) believes that the Pact of San José is placed at the supra-legal level, that is, above ordinary laws but below the constitution. This creates difficulties in fulfilling the obligations imposed by the Inter-American Court, especially when they involve the adoption of penal measures. The LUND case is quite emblematic in that respect. This is because the declaration of invalidity of the Amnesty Law and the order that criminal responsibility should be determined for the commission of serious human rights violations in the context of the military regime come into direct conflict with the STF's decision (ADP 153) recognizing the constitutional validity of the amnesty. This paper has the purpose of analyzing the way different public authorities have acted in relation to compliance with the orders issued by the Inter-American system of human rights, highlighting the solutions and difficulties encountered.

Keywords: enforcement of judgments given by the Inter-American system of human rights; Ximenes Lopes, Escher, Garibaldi and Lund cases; amnesty and crimes committed in the context of political repression by the military regime; enforced disappearance of persons and kidnapping.

ZUSAMMENFASSUNG. Brasilien besitzt keinen rechtlichen Rahmen für Verfahren und Mechanismen zur Umsetzung der Entscheidungen der Organe des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte. Außerdem war die brasilianische Rechtsprechung bisher zurückhaltend, wenn es darum ging, das internationale Recht der Menschenrechte für rechtsverbindlich zu erklären. So vertritt zum Beispiel das Oberste Bundesgericht Brasiliens (STF) die Auffassung, dass dem Pakt von San José ein übergesetzlicher Rang zukommt, also eine Stellung oberhalb der einfachen Gesetze, aber unterhalb der Verfassung. Diese Position führt bei der Umsetzung der vom Interamerikanischen Gerichtshof auferlegten Verpflichtungen zu Schwierigkeiten, insbesondere wenn damit die Einleitung von Strafverfolgungsmaßnahmen verbunden ist. Der Fall Lund ist in dieser Hinsicht von herausragender Bedeutung. Dass das brasilianische Amnestiegesetz für ungültig erklärt und anschliessend angeordnet wurde, die im Verlauf des Militärregimes begangenen schweren Menschenrechtsverletzungen strafrechtlich zu ahnden, steht im direkten Widerspruch zur Entscheidung des STF (ADP 153), in der das Amnestiegesetz für verfassungsmässig erklärt wurde. Der Beitrag nimmt eine Analyse der Ansätze vor, die von den einzelnen Ebenen der Staatsgewalt bei der Umsetzung der Verpflichtungen aus dem interamerikanischen System zum Schutz der Menschenrechte verfolgt werden, und stellt die einzelnen Lösungen und Schwierigkeiten vor.

Schlagwörter: Umsetzung der Entscheidungen des interamerikanischen Menschenrechtssystems, Fälle Ximenes Lopes, Escher, Garibaldi und Lund, Amnestie und im Rahmen der politischen Repression durch das Militärregime verübte Verbrechen, gewaltsames Verschwindenlassen von Personen und Entführung.

1. Introdução

A relação do Brasil com o sistema interamericano de direitos humanos é pautada por relativa ambiguidade, intercalando momentos de indiferença, de descumprimento e de atendimento, tanto das recomendações oriundas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Com IDH), quanto das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).¹ Não constitui escopo do trabalho uma análise exauriente de todos os casos que envolveram o Brasil. Na verdade, a abordagem, em atenção aos limites estabelecidos para a pesquisa, estará concentrada nos casos que envolvem a execução de medidas de natureza penal a cargo das diferentes autoridades nacionais.

Para tanto, tornou-se indispensável um estudo inicial acerca da postura do sistema brasileiro frente ao marco normativo fundamental do sistema interamericano de direitos humanos. É que o entendimento que se consolidou no Supremo Tribunal Federal (STF) foi o de conferir à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) a força de suprallegalidade, o que significa posicioná-la em uma zona de submissão à ordem constitucional e de superioridade frente à lei ordinária. Esta discussão preliminar, embora permeada por profunda análise técnico-jurídica, pavimenta o caminho para a compreensão do posicionamento refratário dos órgãos judiciais brasileiros frente a algumas questões decididas pela Corte IDH. De fato, a se manter esta relação de subordinação constitu-

¹ Nesse sentido, Cecília Macdowell qualifica de ambígua a política adotada pelos diferentes atores estatais quanto à implementação das diversas medidas estabelecidas pela Com IDH. (“Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos”, em *Revista Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 4, n. 7, 2007, p. 26-57). Uma percepção semelhante também é apontada por Deisy Ventura e Raísa Cetra (“O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos: de Maria da Penha a Belo Monte”, texto apresentado no Seminário Internacional “Limites e Possibilidades da Justiça de Transição – Impunidade, direitos e democracia”, Porto Alegre, 2.04.2012, organizado pelo Grupo de Pesquisa CNPq “Direito à verdade e à memória e justiça de transição da PUC/RS”, pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e pelo IDEJUST, com apoio da CAPES, da FAPERGS e do CNPq). O texto foi gentilmente cedido pelas autoras.

cional da Convenção, por certo serão recorrentes as recusas do cumprimento de decisões que porventura venham a “afrontar” a própria ordem constitucional.

O fato é que os conflitos ainda são restritos, o que se explica em razão do reduzido número de casos, especialmente aqueles de natureza contenciosa. Mas esta pequena incidência quantitativa não é proporcional à alta potencialidade conflitiva das questões suscitadas. Nesse aspecto, bastante significativa é a decisão proferida no caso *Lund*, onde a Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela falta de medidas investigatórias e punitivas para as graves violações aos direitos humanos cometidas no contexto do regime militar. Por consequência, ao Brasil foram impostas várias obrigações dentre as quais a adoção de medidas persecutórias tendentes à apuração das responsabilidades por aqueles atos. E mantendo-se fiel à sua própria jurisprudência, a Corte IDH declarou a ineficácia jurídica da Lei de Anistia. A decisão, contudo, colidiu frontalmente com julgamento proferido pelo STF, que se posicionara, meses antes, pela perfeita adequação daquela lei à ordem constitucional.

Sem embargo, muito embora o caso *Lund* e os seus desdobramentos apontem para uma perspectiva muito forte de confronto entre a ordem interna e a internacional, o presente trabalho procurou fazer uma análise seletiva dos casos processados perante a Comissão, assim como de algumas medidas provisórias impostas, sempre com a preocupação de se fornecer uma imagem mais abrangente da relação entre o Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos. As escolhas, esclareça-se, foram feitas tendo em vista a premissa maior que orienta a pesquisa, qual seja: a análise da executoriedade das medidas penais.

Dessa forma, deixou-se para a parte final do trabalho o estudo dos casos contenciosos. Diante do reduzido número, optou-se pelo enfrentamento de todos. Mas, pelas razões já adiantadas, a atenção ficou mais concentrada no caso *Lund* e nas medidas persecutórias que já foram adotadas como desdobramento executório do julgamento proferido pela Corte IDH. O que se pretende, em última análise, é identificar quais os efeitos produzidos por aquele julgamento nas estratégias de persecução e, também, no posicionamento das autoridades judiciais.

2. O Brasil e o direito internacional dos direitos humanos. Uma relação refratária

Ao menos até 1977, a jurisprudência do STF era firme ao reconhecer o primado do direito internacional frente ao direito interno. A partir daquele ano, contudo, verificou-se uma guinada radical daquele posicionamento, consolidando-se o entendimento de que os tratados internacionais estavam em posição de paridade com a lei federal e, portanto, subordinados à ordem constitucional. Nessa perspectiva de ideias, eventuais antinomias entre as leis internas e as internacionais seriam solucionadas à luz das regras de direito intertemporal – *lex posterior derogat priori*. É, note-se, o que foi decidido por ocasião do julgamento do RE 80.004, oportunidade em que se discutiu matéria comercial relacionada com o conflito entre as disposições da Lei Uniforme de Genebra e o Decreto-lei 427/1969. Ao final, decidiu-se pela primazia da legislação interna, que por ser posterior, tinha o poder revogatório da lei anterior.²

Com a promulgação do novo texto constitucional em 1988, a problemática assumiu um novo colorido, ao menos na temática específica dos direitos humanos. Isso porque ao fim de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, o legislador constituinte fixou uma regra de extensão, afirmando que não estariam excluídos outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou ainda em razão dos tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro fosse parte.³ Esta norma de *fattispecie* aberta, esclareça-se, não é nova na tradição constitucional brasileira.⁴

² O julgamento foi proferido no dia 01 de junho de 1977 e naquela oportunidade ficou evidenciado o receio por parte de alguns dos Ministros pela possibilidade de se conferir primazia à legislação internacional frente à nacional. Nesse ponto, vale destacar o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Cunha Peixoto: “Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição brasileira”, http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STF/IT/RE_80004_SE_1278600189501.pdf (18.8.2012).

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

⁴ Com efeito, encontramos tal metodologia, com pequenas variações de redação, em todos os textos constitucionais da República: art. 78, da Constituição de 1891; art. 104 da Constituição de 1934; art. 123 da Constituição de 1937; art. 144 da Constituição de 1946 e art. 153, par. 36 da Constituição de 1967. Ou seja, mesmo em períodos autoritários como o do Estado Novo (1937 a 1945) e do regime militar (1964-1985), os textos constitucionais reconheciam a possibilidade de integração dos direitos e garantias individuais fundamentais, ainda que sem qualquer referência à normativa internacional. É importante notar, contudo, que os textos constitucionais hauridos nos períodos de exceção

Inédita foi, na verdade, a referência à legislação internacional como fonte de apoio de ampliação dos direitos fundamentais.⁵

É evidente que com esse dispositivo o legislador constituinte reforçou o repúdio a qualquer visão restritiva dos direitos e das garantias fundamentais, permitindo fossem estes complementados. Mas a grande novidade, sem dúvida, foi a possibilidade de que esta complementação adviesse de fontes internacionais, mais especificamente do direito internacional dos direitos humanos a cujo sistema protetivo tivesse o Brasil aderido.⁶ Ou seja: por essa nova perspectiva, os direitos declarados nos tratados internacionais firmados pelo Brasil integrariam, automaticamente, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, ocupando, dessa forma, o mesmo *status* material que estes.⁷ Mais do que

não ficaram livres das amarras do autoritarismo. Exemplo bastante significativo é dado pela previsão inserida na Constituição de 1937, que, após reafirmar o caráter aberto dos direitos fundamentais, observou: "o uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição".

⁵ Por conta desta inovação, costuma-se sistematizar os direitos e garantias fundamentais em três grupos: a) aqueles expressamente consignados no texto constitucional; b) aqueles de caráter implícito e que, portanto, seriam decorrentes dos princípios e do sistema adotados pela Constituição, e c) aqueles consignados nos tratados internacionais. Nesse sentido: Piovesan, Flávia: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

⁶ Um exemplo de atuação complementadora do direito internacional dos direitos humanos, que por muito tempo foi indicada, foi a garantia da duração razoável do processo, que guardava assento expresso no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e que não continha uma referência expressa no art. 5º da CF, até a promulgação da EC 45/2004, que, finalmente, acrescentou o inciso LXXVIII àquele artigo, dispondo: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

⁷ Veja-se a propósito: Trindade, Antonio Augusto Cançado: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. Nesse sentido, observa Flávia Piovesan: "O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, par. 2º. Vale dizer: se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional". (*Direitos humanos...*, op. cit., p. 110-111). No mesmo sentido: Steiner, Sylvia Helena de Figueiredo: *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 90. Aliás, a inclusão do parágrafo segundo ao rol dos direitos e garantias fundamentais individuais atendeu proposta feita pelo próprio Cançado Trindade, como ele próprio explica no seguinte trecho: "Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que aventurei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista." ("A

isto: a previsão constitucional fixaria uma observância obrigatória do ordenamento jurídico interno também ao direito internacional dos direitos humanos. Ou seja, qualquer conflito deveria ser solucionado à luz da norma mais favorável à proteção da dignidade humana, fosse ela de origem interna ou internacional.⁸

A clareza proposta pelo regime abraçado pelo legislador constituinte, contudo, foi posta em dúvida a partir do momento em que proliferaram, nos tribunais superiores e em especial no STF, as discussões sobre os conflitos entre as disposições previstas nos tratados internacionais de direitos humanos e aquelas outras previstas no ordenamento nacional. A discussão jurisprudencial ganhou força a partir de meados dos anos 90 do século passado, vale dizer: após a ratificação, pelo Brasil, de diversos documentos internacionais de direitos humanos, dentre os quais a própria CADH. A polêmica mostrou-se particularmente emblemática quando da discussão sobre a validade da previsão constitucional que autorizava a prisão civil do depositário infiel no contexto do próprio rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LXVII da CF)⁹ frente à regra prevista na CADH, que proibia qualquer prisão por dívida, a exceção daquela de natureza alimentar (art. 7.7).¹⁰

proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631). A questão remonta à superação de uma visão estritamente positivista do texto constitucional, conferindo-lhe maior dinamismo, sobretudo em temática em que proliferam os sistemas regionais de controle e de fiscalização dos direitos humanos e das obrigações e dos compromissos internacionais assumidos pelos Estados. Ou seja, ainda que não formalmente constitucionais, os direitos internacionais dos direitos humanos integram o chamado “bloco de constitucionalidade”. Vejam-se, a propósito, as observações de Canotilho: “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. Art. 16º), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma ‘norma de fatti/specie aberta’; de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de ‘direitos’ que se propõe, no horizonte da ação humana”. (*Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 369).

⁸ Nesse sentido, observa Comparato: “a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. [...] Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”. (*A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48-49).

⁹ “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

¹⁰ “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Nesse cenário, a partir de 1995, por ocasião do julgamento do HC 72.131-RJ, em que se questionou a violação das disposições da CADH em razão da expedição de ordem de prisão civil fundada no descumprimento das obrigações do depositário, o STF, mantendo-se fiel à linha de raciocínio fixada a partir de 1977, consagrou a ideia de equiparação das disposições da CADH à legislação ordinária e, portanto, de sua subordinação à ordem constitucional.¹¹ Aliás, naquela mesma ocasião foi afastada qualquer possibilidade de restrição de normas constitucionais por tratados internacionais, ainda que estes versassem sobre direitos humanos.¹² A partir de então, e nos anos que se seguiram, dezenas de decisões adotaram o mesmo raciocínio.¹³

Em uma clara tentativa de se pôr fim à resistência jurisprudencial nacional frente à efetividade interna do direito internacional dos direitos humanos, promulgou-se, em 2004, a Emenda Constitucional 45 (EC 45/2004) que, dentre outras disposições, acrescentou o parágrafo terceiro do art. 5º da CF, dispondo:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

É evidente que a inclusão do novo parágrafo não teve outro objetivo a não ser o de reforçar uma linha interpretativa e, com isto, pôr fim às resistências e às dúvidas que ainda permeavam a jurisprudência quanto à força interna dos documentos internacio-

¹¹ Nesse sentido, merece ser destacado o trecho do voto proferido pelo então Ministro Moreira Alves: "Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão-somente com força de lei ordinária [...] não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado".

¹² Sobre o assunto, destacou o Ministro Celso de Mello, no mesmo acórdão, o seguinte: "Na realidade, inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República". Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. (20.08.2012).

¹³ São exemplos: HC 73.044-2 (19.03.1996), RE 206.086-1 (12.11.1996), RE 212.549-1/GO (05.08.1997), HC 76.561-3/SP (27.05.1998), RE 206.482/SP (27.05.1998), HC 77.616-6/SP (22.09.1998), RE 270.296-0/GO (13.06.2000), RHC 79.785-7/RJ (29.03.2000), HC 79.870-5/SP (16.05.2000), RE 253.071-9/GO (29.05.2001), RE 331.159 (12.03.2002), HC 81.319-4/GO (24.04.2002), AI-Agr. 403.828 (05.08.2003) e AI-Agr. 513.044-5/SP (22.02.2005).

nais de direitos humanos.¹⁴ Dito de outra forma: a inclusão do parágrafo terceiro foi um exercício consciente e proposital de “redundância jurídica”, já que a paridade constitucional já tinha sido selada pela extensão do rol de direitos fundamentais estabelecida pelo parágrafo segundo do art. 5º da CF. Daí a possibilidade de existência de tratados internacionais de direitos humanos ditos materialmente constitucionais (anteriores à EC 45/2004) e daqueles que, além de serem materialmente constitucionais, seriam também formalmente constitucionais (desde que submetidos ao rito previsto pelo novo par. terceiro do art. 5º da CF).¹⁵

Ocorre que esse desejo inicial se viu frustrado, em um primeiro momento, pela propagação do entendimento de que o *status* constitucional somente poderia ser alcan-

¹⁴ Na mesma direção, aduziu Celso Lafer: “O novo par. 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo par. 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.” (*A internacionalização dos direitos humanos. Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri: Manole, 2005, p. 16).

¹⁵ Para alguns autores, a inclusão do par. terceiro ao art. 5º da CF estabeleceu a existência de dois grupos de documentos internacionais de direitos humanos. No primeiro, encontráramos todos aqueles que tivessem sido firmados pelo Brasil antes da EC 45/2004. Para estes, a norma de ampliação dos direitos fundamentais, prevista pelo parágrafo segundo do mesmo artigo, já seria suficiente para considerá-los materialmente constitucionais. Já a partir da EC 45, para gozarem de status de normas formalmente constitucionais os novos tratados internacionais deveriam ser submetidos ao processo de integração legislativa prevista para as Emendas Constitucionais, o que exigiria, dentre outros requisitos, a aprovação por maioria qualificada. Estes comporiam, portanto, o segundo grupo. Neste sentido, veja a lição de Celso Lafer: “Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo par. segundo do art. 5º, não só pela referência nele contida aos tratados, como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva ‘ex parte civium’ dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência, da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao iter previsto no novo par. 3º do art. 5º.” (*A internacionalização...*, op. cit., p. 16-17). No mesmo sentido é a lição de Flávia Piovesan: “Reitere-se que por força do art. 5º, par. segundo, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão-somente a reforçar a natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitutionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. [...] na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer: a preponderância material de um bem jurídico como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela”. (*Direitos humanos...*, op. cit., p. 128). Ver, ainda, Mazzuoli, Valerio de Oliveira: *Curso de direito internacional público*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 e Rezek, Francisco: *Direito internacional público. Curso elementar*, 10ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.

çado caso o tratado ou a convenção internacional tivesse sido previamente aprovada pelo Congresso Nacional e por uma maioria qualificada. Assim, não foram poucas as vozes que se levantaram para afirmar que a CADH continuaria mantendo o *status* de lei ordinária, já que o procedimento para o seu reconhecimento interno tinha obedecido a requisitos formais menos rígidos.

Foi necessário, portanto, um novo ciclo de debates no STF para que a questão fosse dirimida. A partir de então se estabeleceram duas correntes interpretativas relativas à força normativa interna dos tratados internacionais de direitos humanos. A primeira, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, ainda se mantém resistente à ideia de superioridade da normativa internacional, muito embora tenha superado a concepção de equivalência entre os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação ordinária.¹⁶ Com efeito, para tal posicionamento, tais tratados assumiriam a posição de supralegalidade e, dessa forma, se situariam em um plano superior à lei ordinária, porém estariam subordinados à ordem constitucional. Não teriam, portanto, o efeito de revogar as normas constitucionais, mas o de paralisar a regulamentação infraconstitucional.¹⁷

¹⁶ A questão foi enfrentada quando do julgamento do RE 466.343 em 22 de novembro de 2006. Uma vez mais o centro da discussão envolveu a possibilidade de prisão civil por dívida frente à CADH. No caso específico, a situação envolvia o devedor em alienação fiduciária. Ao considerar o dispositivo inconstitucional, o STF, na esteira do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a existência de um regime jurídico especial a acompanhar os tratados internacionais de direitos humanos, os quais não mais poderiam ser equiparados à legislação ordinária: "...a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. [...] Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infra constitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos: os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana". <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> (20.08.2012).

¹⁷ É interessante notar que ao assumir a tese da supralegalidade, o Ministro Gilmar Mendes não considerou que a proibição de prisão civil por dívida constante na CADH teria revogado o texto constitucional que admite, no contexto dos direitos fundamentais, a prisão do depositário civil. No seu entender, a questão envolveu a ineficácia do texto constitucional, já que toda a legislação infraconstitucional regulamentadora da prisão civil do depositário infiel teria sido afastada pela CADH, cujas disposições seriam superiores à lei ordinária. É, note-se, o que se infere do seguinte trecho que é destacado de seu voto: "Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção

Já o segundo entendimento, foi abraçado pelo Ministro Celso de Mello e exposto, inicialmente, quando do julgamento do HC 87.585-8. Naquela oportunidade, o Ministro reconheceu a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, afirmando, inclusive, que no caso de antinomia entre as disposições constantes no texto constitucional e as do tratado haveria de prevalecer a norma mais favorável à afirmação dos direitos humanos em uma dimensão dialógica entre tais fontes normativas.¹⁸ De qualquer modo, no contexto do STF ainda vem prevalecendo a tese da supralegalidade.¹⁹

Este breve retrato histórico que é feito da jurisprudência do STF revela a resistência que permeia parcela da cultura jurídica nacional à normativa internacional. Ainda que algumas mudanças tenham sido operadas nos últimos anos, a ideia prevalente é de que a ordem constitucional atua como filtro do direito internacional. Fica fácil compreender, portanto, a pouca efetividade que o sistema interamericano de direitos humanos assume na jurisprudência nacional. Tome-se como exemplo o julgamento recente proferido pelo STF quando do reconhecimento da constitucionalidade da Lei de Anistia²⁰ e de sua aplicabilidade aos crimes cometidos no contexto da repressão política durante o regime militar. Com efeito, a existência de uma remansosa jurisprudência proveniente da Corte IDH afirmando a intolerância internacional frente à impunidade das “graves violações de direitos humanos” foi objeto de poucas referências nos votos proferidos pelos Ministros, o que é sintomático da pouca familiaridade com o que se denomina de controle de convencionalidade. E, como se não bastasse, mesmo após a responsabilização do Estado brasileiro quando do julgamento do caso *Lund*, as decisões que foram proferidas nos poucos casos que chegaram às portas do Judiciário reforçaram a superioridade da decisão proferida pelo STF frente àquela oriunda da Corte IDH.²¹

Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”.

¹⁸ Como se extrai do seguinte trecho de seu voto: “Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional”.

¹⁹ Conforme pontua Flavia Piovesan: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado pelo emblemático julgado proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343, destacando-se um amplo repertório juríspudencial que o adota como referência interpretativa, de forma a consolidar a tese do caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos e de sua supralegalidade”. (*Direitos humanos..., op. cit.*, p. 135).

²⁰ Conforme julgamento da ADPF 153.

²¹ Ver item 5.2 infra.

De qualquer modo, é importante frisar não ser o escopo deste trabalho uma análise das instigantes questões que permeiam o sistema brasileiro e o chamado controle de convencionalidade. A bem da verdade, o que se pretende é um exame sobre os procedimentos e os instrumentos previstos pelo direito nacional para assegurar a efetividade das decisões emanadas do sistema interamericano de direitos humanos e, na ausência ou precariedade destes, um exame quanto as possíveis medidas para preenchimento dos claros. Mas já é possível antecipar que uma cultura jurídica resistente ao direito internacional terá muitas dificuldades em estabelecer diálogos com a jurisprudência oriunda de um órgão jurisdicional internacional de direitos humanos.

3. A execução das decisões proferidas pela Corte IDH e o direito brasileiro

As sentenças estrangeiras, para produzirem eficácia no Brasil, estão sujeitas ao procedimento de homologação, o qual é de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).²² Para tanto, devem ser observados os requisitos fixados pela Resolução n. 9, editada por aquele mesmo Tribunal. As matérias passíveis de impugnação são restritas e limitadas ao questionamento sobre a autenticidade dos documentos, sobre o sentido e o alcance da decisão que se pretende ver homologada e sobre o cumprimento dos requisitos formais fixados pela própria Resolução como, por exemplo, o trânsito em julgado da sentença que se pretende homologar.²³ Veda-se, contudo, a homologação de sentença cujo conteúdo for contrário à soberania nacional e à ordem pública.²⁴ Não há uma precisão conceitual quanto a estas expressões, de modo que ficam elas sujeitas à exegese do próprio STJ.

As sentenças internacionais, como é o caso daquelas proferidas pela Corte IDH, não estão sujeitas ao procedimento de homologação pelo simples fato de não estarem vinculadas a um Estado estrangeiro.²⁵ Na realidade, provêm de um órgão internacional

²² Art. 105, I, i da CF. A alínea i foi acrescentada pela EC 45/2004. É importante lembrar que até a EC/45 a competência para o processo de homologação da sentença estrangeira era do STF.

²³ Veja-se, a propósito do art. 9º da Resolução.

²⁴ Art. 6º da Resolução.

²⁵ Sant'Ana, Janice Cláudia Freira: "O Brasil e a execução de sentença de corte interamericana de direitos humanos", em Annoni, Danielle (Org.): *Os novos conceitos do novo direito internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 253-276. Ver, ainda: Mazzuoli, Valerio de Oliveira: "As sentenças proferidas por

cuja competência e jurisdição é reconhecida pelo Brasil, de modo que a sua força seria, em tese, automática. Contudo, não há qualquer regulamentação específica quanto ao procedimento a se adotar ou mesmo a indicação da autoridade e dos órgãos competentes para a execução das sentenças proferidas por cortes internacionais, o que nos remete, por força da integração analógica, à análise da legislação nacional existente quanto à execução de sentenças proferidas contra o Estado.

Nesse quadro, a disciplina normativa vem estruturada pelo texto constitucional (art. 100) e pelo que dispõem os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil (CPC).²⁶ No Brasil, a execução de indenização pecuniária contra o Estado se faz contra a Fazenda Pública, a qual goza de alguns privilégios, dentre os quais, a possibilidade de oposição de embargos à execução independentemente do oferecimento de garantias ao juízo. Com o julgamento dos embargos porventura opostos pela Fazenda, ou sem estes, será expedida a ordem de pagamento pelo presidente do Tribunal, a qual se denomina de precatório. O pagamento dos precatórios é feito em obediência à ordem cronológica, a exceção daqueles créditos de natureza alimentícia,²⁷ os quais gozam de preferência.²⁸

O procedimento, como se vê, é consideravelmente demorado e, nessa perspectiva, mostra-se incompatível com a própria celeridade em que se fundam as obrigações de pagamento de indenizações proferidas pela Corte IDH. Afinal, estas são impostas em

Tribunais Internacionais devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal?", em *Boletim meridiano 47. Boletim de análise de conjuntura em relações internacionais*, n. 28/29, nov./dez., 2002, <http://seer.bce.unb.br/index.php/MED/article/view/4428/3705> (14.9.2012).

²⁶ Para maiores considerações sobre o processo de execução contra a Fazenda Pública, ver: Theodoro Júnior, Humberto: *Curso de direito processual civil. V. II. Processo de execução e cumprimento da sentença. Processo cautelar e tutela de urgência*, 47. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 385-399.

²⁷ Cf. art. 100, par. primeiro da CF, com redação dada pela EC 62/2009 compreendem "aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado...".

²⁸ Mas, mesmo entre estes terão preferência aqueles cujos titulares tenham sessenta anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou os portadores de deficiência. É o que dispõe o art. 100, par. segundo da CF. De qualquer forma, tanto em um como em outro caso há que se respeitar, no exercício do direito de preferência, o limite máximo dado pelo triplo do que for considerado em lei como "pequeno valor". Na verdade, não estão sujeitos ao regime dos precatórios os pagamentos reputados como de pequeno valor e que foram fixados por sentença transitada em julgado. A Lei 10.259/2001 definiu os parâmetros e, dessa forma, estabeleceu, para as execuções federais, aqueles que se inserem na competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais, vale dizer: até 60 (sessenta) salários mínimos (art. 3º, caput). Já no caso de execução contra a Fazenda Estadual ou Municipal, os parâmetros são outros, os quais foram dados pela EC 37 de 12.06.2002, que estabeleceu, no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o valor de 40 (quarenta) salários mínimos perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal e 30 (trinta) salários mínimos perante a Fazenda dos Municípios. Ver: Theodoro Júnior, Humberto: *Curso...*, op. cit, p. 389.

razão de violações de direitos humanos, muitas das quais fundadas na demora ou mesmo na omissão do Estado em assegurar a própria tutela jurisdicional. Aliás, é da própria dinâmica do sistema regional de direitos humanos o esgotamento das vias domésticas o que, invariavelmente, supõe o transcurso de considerável tempo. Logo, o processo de execução vigente na lei brasileira, para satisfação de créditos contra a Fazenda Pública fundados em sentença judicial, pela sua demora, contraria a própria lógica que alimenta o sistema de proteção dos direitos humanos.²⁹

De qualquer modo, ao menos no que se refere ao pagamento das indenizações determinadas pela Corte IDH, até o presente momento não houve necessidade de se recorrer ao processo de execução previsto pela legislação brasileira, já que aquelas vêm sendo adimplidas diretamente pela União. Com efeito, nos casos *Ximenes*, *Escher* e *Garibaldi* as indenizações foram satisfeitas mediante a expedição dos Decretos 6.185/2007,³⁰ 7.158/2010³¹ e 7.307/2010,³² pelos quais se ordenou à Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) a realização dos respectivos pagamentos.

Na tentativa de superar as omissões legislativas foram elaborados até o momento dois projetos de lei que buscam regulamentar os procedimentos e os mecanismos para execução das decisões proferidas pela Corte IDH. Destes, o Projeto de lei 3214/2000 teve vida curta, já que foi arquivado em 2003 pela Câmara dos Deputados.³³ A proposta regulamentava, tão-somente, o pagamento das indenizações, equiparando, nesse ponto, as decisões da Corte IDH aos títulos executivos judiciais, os quais ficariam sujeitos às normas de execução direta contra a Fazenda Pública Federal (art. 2º). Na tentativa de minimizar os atrasos, a proposta reconhecia a natureza alimentar daqueles créditos o que, para todos os efeitos, não conferiria certeza de celeridade, mas, tão-somente, de preferência na ordem de pagamentos dos precatórios. Por fim, o Projeto previa a possibilidade de ação regressiva por parte da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, que fossem responsáveis, direta ou indiretamente, pelos ilícitos reconhecidos pela Corte IDH (art. 2º, par. segundo).

²⁹ Sant'Ana, Janice Cláudia Freira: O Brasil e a execução..., op. cit., p. 268.

³⁰ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm> (13.8.2012).

³¹ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7158.htm> (13.8.2012).

³² <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7307.htm> (13.8.2012).

³³ Mais especificamente, pela Comissão de Constituição e de Justiça <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19288>> (13.08.2012).

Diante do arquivamento, uma nova proposta foi apresentada à Câmara dos Deputados no ano de 2004 (PL 4.667/2004). Inspirada claramente no PL 3214/2000, a nova proposta buscou superar algumas omissões do último e, nessa perspectiva, reconhece os efeitos jurídicos imediatos das decisões proferidas pelos organismos internacionais de proteção de direitos humanos (art. 1º). A proposta é, portanto, mais abrangente, já que a eficácia interna não fica restrita às decisões da Corte IDH, incluindo, igualmente, aquelas emanadas da própria Comissão. Por sua vez, prevê a responsabilidade do ente federado de cujo órgão ou autoridade proveio a violação aos direitos humanos. De qualquer modo, a fim de evitar retardos ou procrastinações, dispõe que incumbirá à União a antecipação do pagamento, que poderá, se for o caso, valer-se de ação regressiva (art. 3º). Após longa tramitação, o PL 4667/2004 foi aprovado pela Câmara e encaminhado ao Senado Federal em 18 de novembro de 2010, onde passou a ser referido por PLC 170/2010. Foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando, desde 14 de janeiro de 2011, nomeação do respectivo relator.³⁴

Os dois projetos, contudo, são claramente insuficientes. Além de não estabelecerem prazos para os pagamentos, têm por foco, exclusivamente, as obrigações de caráter indenizatório, olvidando-se, por sua vez, da regulamentação da execução das obrigações de outra natureza. Ademais, não preveem os órgãos administrativos que ficariam responsáveis pela gestão e pelo controle de todas as obrigações, e tampouco se haveria uma possível cogestão entre todos os Poderes. Também não definem um procedimento a ser observado quando da notificação das diferentes decisões.³⁵

Nesse quadro, a única iniciativa mais concreta de organizar a relação entre o Estado brasileiro e o sistema interamericano foi tomada em 2002, quando, por iniciativa do governo federal, foi instituída a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos (Decreto 4.433). A ela coube, dentre outras tarefas, o acompanhamento dos processos de negociação entre os entes federados e os peticionários dos casos em exame pelo sistema interamericano de direitos humanos, bem como a fiscalização do cumprimento da CADH. Não houve, contudo, qualquer regulamentação mais específica acerca da execução das condenações proferidas pela Corte IDH.

³⁴ Informações obtidas em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=98360> (14.9.2012).

³⁵ Vejam-se, a propósito, as críticas muito pertinentes apontadas por Juliana Corbacho: "A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos", em *Prismas. Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 296-297, jan./jun., 2001.

4. O Brasil frente ao sistema interamericano de direitos humanos³⁶

4.1. Considerações gerais

Com o objetivo de investigar o grau de cumprimento das decisões dos órgãos do sistema interamericano pelo estado brasileiro, serão analisadas, inicialmente, as recomendações proferidas pela Com IDH, seguidas das medidas provisórias decretadas pela Corte IDH e, finalmente, os casos contenciosos em que o Brasil figurou como parte.

No âmbito da Com IDH, dos 13 informes relacionados a 21 casos brasileiros sob análise junto àquele órgão, são destacados seis, nos quais as recomendações geraram diversos efeitos, com maior ou menor grau de cumprimento por parte do Estado, conforme se verá, mas, principalmente, implicaram algumas modificações legislativas significativas no âmbito interno.³⁷ Ademais, foi examinado o impacto das medidas provisórias determinadas pela Corte IDH nos quatro casos que envolvem o Brasil.³⁸ Já com relação aos casos contenciosos, diante do reduzido número, optou-se pela análise de todos, destacando-se, contudo, o caso *Lund* em face das diversas implicações por ele suscitadas no âmbito das medidas punitivas e persecutórias.

4.2. Casos perante a Com IDH

4.2.1. Caso 12.051, Informe No. 54/01, *Maria da Penha Maia Fernandes*

Trata-se do paradigmático caso de violência intrafamiliar, levado à Com IDH em 20 de agosto de 1998, cujo principal efeito foi a promulgação da Lei 11.340, denominada “Lei Maria da Penha”. Suas normas, de caráter administrativo, processual e penal, ensejaram a criação de novos mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, além de atender as recomendações do Comitê da Convenção para a Eliminação

³⁶ Toda a documentação referente aos casos analisados neste trabalho está disponível nos sítios web da Corte IDH e da Com IDH, a saber: <http://www.corteidh.or.cr/> e <http://www.oas.org/es/cidh/>.

³⁷ Informe 54/01, referente ao caso 12.051; Informe 55/01, referente aos casos 11.286, 11.406, 11.407, 11.412, 11.413, 11.415, 11.416, 11.417; Informe 23/02, referente ao caso 11.517; Informe 40/03, referente ao caso 10.301; Informe 95/03, referente ao caso 11.289; Informe 32/04, referente ao caso 11.556; Informe 66/06, referente ao caso 12.001.

³⁸ Casos *Penitenciária Urso Branco; Crianças e adolescentes internados no Complexo do Tatuapé da FEBEM, São Paulo; Detentos da Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira” em Araraquara, São Paulo e “Unidade de Internação Socioeducativa”*.

de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), como também implementou a Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 27.11.95.³⁹ Neste caso, também se destaca, no âmbito legislativo, a aprovação, pela Assembleia Legislativa do estado do Ceará, de uma lei estadual que outorgou indenização pecuniária a vítima.

O Poder Executivo adotou uma série de medidas constitutivas de uma política pública em matéria de violência de gênero e o Poder Judiciário respondeu com a condenação e execução satisfatória da pena imposta ao agressor, restando pendente a ação ajuizada pela vítima contra os possíveis responsáveis pela injustificada demora do processo penal movido contra o agressor.

As dificuldades para a implementação da Lei Maria da Penha, para a uniformização das Delegacias especializadas, a falta de dados estatísticos confiáveis sobre a violência contra a mulher, bem como a discussão sobre a constitucionalidade de determinados aspectos da lei que, até aquela data, continuava sem uma definição por parte do STF,⁴⁰ foram os motivos determinantes para que a Com IDH tenha decidido, naquele momento, pela manutenção da supervisão.⁴¹

4.2.2. Casos 11.286, 11.406, 11.407, 11.412, 11.413, 11.415, 11.416 e 11.417, Informe No. 55/01, Aluísio Cavalcante e outros; Caso 11.517, Informe No. 23/02, Diniz Bento da Silva

O Informe n. 55/01 tratou de forma concomitante os oito casos envolvendo homicídios, tentativas de homicídio e agressões, praticados por agentes da Polícia Militar do

³⁹ Esta lei tipificou penalmente a violência doméstica e familiar contra a mulher em seus distintos aspectos, e criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e a Defensoria Pública da Mulher, dentre outras medidas.

⁴⁰ Trata-se da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 19 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424. Por um lado, representando o presidente da República, o Advogado-geral da União interpôs Ação Direta de Constitucionalidade em 19.12. 2007 visando a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha (11.340/2006), com o propósito de propiciar uma interpretação judicial uniforme dos dispositivos. Por outra parte, o Procurador Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424, em 04.06.2010, com o objetivo de afastar a aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais (9.099/95) aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha (11.340/2006), além de buscar determinar que o crime de lesão corporal de natureza leve cometido contra mulher fosse processado mediante ação penal pública incondicionada. Em 9 de fevereiro de 2012, por votação unânime, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 19, declarando a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006. Vale ressaltar que todos os Ministros apontaram a importância da Lei Maria da Penha para a conquista e consolidação dos direitos humanos das mulheres.

⁴¹ Cf. Parágrafo 242 do Informe Anual de 2011 da Com IDH.

Estado de São Paulo.⁴² Já o informe n. 23/02 também cuida de um caso de homicídio praticado no estado do Paraná, em 8 de março de 1993, contra Diniz Bento da Silva, por policiais militares em represália pela morte de outros policiais durante um confrontamento com os trabalhadores sem terra.

No âmbito do Poder Judiciário não existem sentenças condenatórias em matéria penal em nenhum dos casos; tampouco as indenizações devidas às vítimas foram levadas a cabo de forma satisfatória.⁴³ No que diz respeito aos processos administrativos contra os policiais militares envolvidos no caso *Diniz Bento da Silva*, quatro dos oitos acusados foram expulsos da Polícia Militar e um foi reformado *ex officio*, sendo os demais procedimentos arquivados.

Já em sede do Poder Executivo, em relação ao caso *Diniz Bento da Silva*, foram criados órgãos especializados em matéria agrária no marco do Programa Nacional de Combate à Violência no Campo.⁴⁴ Relativamente ao caso *Aluizio Cavalcante e outros*, destaca-se a criação da Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo.⁴⁵

Finalmente, na seara legislativa, a medida adotada para abolir a competência da Justiça Militar para os delitos cometidos por policiais militares contra civis envolveu a revogação da alínea *f* do artigo 9 do Código Penal Militar pela Lei n. 9.299/1996. Assim, os delitos dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, praticados por

⁴² Segundo consta no Informe sobre Admissibilidade (Informe 17/98), os casos n. 11.286, 11.407, 11.406, 11.416, 11.413, 11.417, 11.412 y 11.415 foram tramitados inicialmente de forma independente, e posteriormente, a partir de uma interpretação bastante ampla do art. 40 (1) de seu Regulamento, a Com IDH reuniu os casos no Informe 55/01.

⁴³ Cf. par. 102 do Relatório Anual de 2010 da Com IDH, o pagamento reparatório do Caso Aluizio Cavalcante e outros se encontrava pendente de posicionamento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Já o Caso Diniz Bento da Silva se encontrava pendente por problemas de cálculo da execução da sentença proferida na Ação Civil n. 30.789 (cf. par. 111 do Informe Anual de 2010 da Com IDH).

⁴⁴ Criação de juizados especializados em âmbito federal e estadual (varas agrárias), unidade temática no Ministério Público Federal, Promotorias estaduais especializadas em solução de conflitos agrários, ouvidorias agrárias estaduais, delegacias especializadas na solução de conflitos agrários no âmbito federal e estadual e Defensorias Públcas especializadas. Contudo, o aumento da violência no campo e a promulgação do Decreto 7177/2010 foram objeto de críticas por parte dos peticionários e instituições defensoras dos direitos humanos, como a Anistia Internacional, que se manifestou no seguinte sentido: “[...] Entretanto, os direitos humanos não podem ser implementados de modo seletivo ou facultativo, nem serem proporcionados para alguns em detrimento de outros, muito menos serem negados para satisfazer determinados grupos de interesse. Em vista disso, a Anistia Internacional manifesta sua preocupação com a recente notícia de que o governo, através do decreto número 7177, de 12 de maio de 2010, altera partes vitais do plano original a fim de excluir certos grupos da proteção prevista no documento” (disponível em www.pndh3.com.br). Cf. par. 112 do Informe Anual de 2010 da Com IDH.

⁴⁵ Criada pelo Decreto n. 39.900 de 1º de janeiro de 1995. Trata-se de órgão autônomo, cuja função primordial é servir de porta-voz da população sobre eventuais atos irregulares imputados a policiais civis ou militares.

militares contra civis, passaram à competência da Justiça Comum. Os demais delitos são julgados pela Justiça Militar; contudo, por um Juiz de Direito, além de que os militares não participam do juízo se a vítima é civil.⁴⁶ Também foram destacadas reformas em andamento com vistas a subtrair crimes comuns do âmbito da Justiça Militar.⁴⁷

4.2.3 Caso 10.301, Informe n. 40/03, Parque São Lucas; Caso 11.556, Informe n. 32/04, Corumbiara

O primeiro caso assinalado refere-se a uma tentativa de motim ocorrida no 42º Distrito Policial da cidade de São Paulo e que resultou na morte, por asfixia, de dezoito detentos e na hospitalização de outros doze, após todos terem sido mantidos trancados em uma cela de isolamento de um metro por três. Já o caso Corumbiara, referiu-se ao assassinato e lesões corporais causadas a mais de 50 pessoas, por policiais militares, du-

⁴⁶ Esta lei foi criticada por haver deslocado a competência constitucional da Justiça Militar (previstas nos arts. 124 e par. 4º do art. 125 da CF/88) por via de lei ordinária. Sem embargo, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 foi alterado o dispositivo do art. 125 e sanada a dúvida sobre a competência da justiça comum. Assim, dispõe o par. 4º do art. 125 o seguinte: “§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.” Para os demais tipos de delitos praticados por militares contra civis ficou estabelecida a competência da Justiça Militar, mas integrada por juízes de direito, nos termos do par. 5º: Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. Ver Jorge Cesar de Assis: “Direito Militar: Homicídio: aspectos penais e processuais em face das recentes alterações na legislação constitucional e infraconstitucional”. <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/homicidioaspectos.pdf> (14.9.2012).

⁴⁷ Projeto de Lei n. 2.014 de 2003 que estabelece a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de militares acusados por crimes dolosos cometidos por civis; Projeto de Lei n. 1.837 de 2003 que estabelece que os crimes de homicídio e lesões corporais cometidos por policiais militares estaduais contra civis são de competência da justiça ordinária e que o Ministério Público deve obrigatoriamente acompanhar a investigação policial quando o crime investigado haja sido cometido no exercício das funções policiais; Projeto de Lei n. 5.096 de 2009 que estabelece a competência da justiça ordinária para julgar militares por crimes dolosos contra vida cometidos contra civis. Os três projetos encontram-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara dos Deputados, tendo como última movimentação o Parecer do Relator, Deputado Ronaldo Fonseca (PR-DF), de 28 de março de 2012, no qual se posicionou pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, finalmente, pela aprovação dos Projetos de Lei n. 2.014/2003 e 5.096/2009. Já em relação ao Projeto de Lei n. 1.837 e ao - mais recente - Projeto de Lei n. 7.779/2010, ao contrário, o relator entendeu por sua inconstitucionalidade, injuridicidade, técnica legislativa e, no mérito, por sua rejeição (Parecer - CCJC - 28.3.2012), <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=133856>> (18.9.2012).

rante operação de desocupação da Fazenda Santa Elina, no Município de Corumbiara, estado de Rondônia.⁴⁸

Em ambos os casos, no âmbito do Poder Legislativo, também se destacou a recomendação de suprimir a competência da Justiça Militar para julgamento de crimes comuns. Sem embargo, desta vez a Com IDH estimou insuficiente a Lei n. 9.299/96 por não haver transferido à justiça comum a competência para investigar e julgar todos os delitos praticados contra civis.⁴⁹ Além disso, alegou que a aprovação do Projeto de Lei n. 2014/2003 não atendeu as recomendações na Com IDH, na medida em que propôs a ampliação da competência da Justiça Militar.⁵⁰

No que tange à resposta do Poder Judiciário às indenizações devidas às vítimas, no caso *Parque São Lucas*, foram ajuizadas ações reparatórias por danos emergentes de atos ilícitos pelo Ministério Público de São Paulo, o que proporcionou o pagamento de indenização a algumas das famílias vitimadas.⁵¹ No caso *Corumbiara* foi apresentada uma ação de indenização por danos morais e materiais contra o estado de Rondônia⁵² e outras duas ações de indenização perante a justiça estadual.⁵³

Relativamente à recomendação quanto à investigação e punição dos responsáveis pelas violações, no caso *Parque São Lucas* não houve condenação de nenhum dos policiais acusados.⁵⁴ Já no caso *Corumbiara*, foram condenados três policiais militares e dois trabalhadores rurais. Ressalta-se ainda, por sua importância, a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional Estadual n. 23, a qual outorgava a um

⁴⁸ Cf. par. 13 do Informe n. 32/04, tratou-se do excesso praticado durante o cumprimento de uma ordem judicial emitida em Ação de Manutenção de Posse, interposta pelo proprietário da fazenda.

⁴⁹ Cf. par. 79 do Informe Anual de 2010 da Com IDH.

⁵⁰ Art. 9º, inc. II do CPM: "Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: [...]" Já o texto do PL 2014/2003 modifica o inc. II que passaria a ter a seguinte redação: "II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: [...]".

⁵¹ Conforme par. 72 do Informe 40/03.

⁵² A ação de Indenização foi apresentada no marco do "Programa Balcão de Direitos" da Secretaria de Direitos Humanos do Estado de Rondônia, a qual recebeu o número 0000450-05.2010.822.0001.

⁵³ Trata-se dos Processos 0027840-97.1999.822.0012 e 0027858-21.1999.822.0012, ajuizados em 29 de junho de 1999 e 28 de junho de 1999, respectivamente, por algumas vítimas e familiares. Sem embargo, até a data da apresentação do Informe Anual de 2011 da Com IDH não havia informação positiva sobre o pagamento das indenizações. Cf. par. 104 do Informe Anual de 2010 e par. 100 do Informe Anual de 2011, ambos da Com IDH.

⁵⁴ Cf. par. 83, do Informe Anual de 2010 da Com IDH.

dos policiais militares condenados o direito de passar à inatividade, ainda que estivesse respondendo a processo penal sem trânsito em julgado.⁵⁵

4.2.4. Caso 11.289, Informe n. 95/03, José Pereira

Trabalho escravo, violação do direito à vida e do direito à justiça: estes foram os objetos da denúncia formulada em 16 de dezembro de 1994, relativamente aos fatos ocorridos no ano de 1989, quando se deu a morte de um trabalhador rural, e que deixaram José Pereira gravemente ferido após uma tentativa de fuga da Fazenda Espírito Santo, na região de Xinguara, estado do Pará, onde trabalhava de forma forçada, juntamente com outros 60 trabalhadores.

O último informe anual publicado pela Com IDH, datado do ano de 2011, considerou que o Estado brasileiro deu cumprimento apenas parcial ao acordo de solução amistosa, firmado em 24 de outubro de 2003 e aprovado pelo Informe n. 95/03.

Por parte do Poder Judiciário não houve resposta satisfatória no que diz respeito à investigação e punição dos responsáveis.⁵⁶ Por outro lado, é importante assinalar jurisprudência do STF consistente em fixar a competência da Justiça Federal para o julgamento do delito de “redução à condição análoga à de escravo”, art. 149 do Código penal brasileiro (CPB).⁵⁷

Destacam-se, no âmbito do Poder Executivo, os dois Planos Nacionais para a Erradicação do Trabalho Escravo,⁵⁸ os quais, por sua vez, ensejaram a criação de três

⁵⁵ Cf. par. 102 do Informe Anual de 2010 da Com IDH.

⁵⁶ Cf. par. 90 do Informe Anual de 2010 da Com IDH.

⁵⁷ Neste sentido, ver RE 499143/ PA- Pará, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12.12.2006, public. 01.02.2007; RE 601252/ MT – Mato Grosso, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 03.08.2009, public. 26.08.2009; AI 738710/ MT – Mato Grosso, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23.03.2011, public. 31.03.2011; RE 636778/PA – Pará, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30.03.2011, public. 08.04.2011; HC 112586 MC/ PR – Paraná, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 08.03.2012, public. 14.03.2012. <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> (18.9.2012).

⁵⁸ Este Plano foi publicado no ano de 2003. Atualmente já existe o II Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, de 2008, auspiciado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos. O Primeiro Plano está disponível em <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/iniciativas/plano_nacional.pdf> (18.9.2012). O Segundo Plano está disponível em <http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/novoplanonacional.pdf>. (18.9.2012).

projetos de lei,⁵⁹ uma proposta de Emenda Constitucional⁶⁰ e a promulgação da Lei n. 10.803/2003 que modificou a pena do art. 149 do CPB, a qual passou a ser de 2 a 8 anos de reclusão.

4.2.5. Caso 12.001, Informe n. 66/06, Simone André Diniz

O Informe n. 66/06 da Com IDH, de 21 de outubro de 2006, versa sobre um caso de discriminação racial, consistente na recusa de oferta de trabalho à vítima, que era negra. Além disso, o inquérito policial instaurado para apurar a prática de crime de racismo foi, ao final, arquivado.

O Poder Executivo estadual cumpriu parcialmente a recomendação referente à indenização pecuniária à vítima,⁶¹ além de criar, por meio do Decreto n. 50.594, de 22 de março de 2006, a Delegacia de Crimes Raciais e de Intolerância e, por meio da Lei Complementar n. 1.083, de 17 de dezembro de 2008, a Procuradoria Especializada em Direitos Humanos, (por meio da Lei Complementar n. 1.083, de 17 de dezembro de 2008).

Por parte do Poder Legislativo, foram realizadas algumas modificações legislativas, como a oriunda da Lei n. 12.033/99, que determina o processamento do crime de injúria racial mediante ação pública condicionada à representação do ofendido e a promulgação da Lei n. 12.288/2010, que criou o Estatuto da Igualdade Racial.⁶²

⁵⁹ Projeto de Lei 1.985/2003, arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Publicação no DCD de 01/02/2011; Projeto de Lei 207/2006, arquivado ao final da legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno do Senado. Publicação no DSF de 23/12/2010; Projeto de Lei n. 2.022/1996, que se encontra apensado ao Projeto de Lei 1.292/1995, o qual, por sua vez, se encontra na pauta da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. <http://www.camara.gov.br> (17.12.2012).

⁶⁰ PEC 438/2001, que trata da expropriação das terras onde se haja comprovado a prática de trabalho escravo, apresentada pela primeira vez em 1995, foi aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados e, consequentemente, deve retornar ao Senado Federal (PEC 438-C/2001). DCD de 23/05/12. <http://www.camara.gov.br> (18.9.2012).

⁶¹ Procedeu ao pagamento a título de indenização por danos morais e materiais sofridos e o reconhecimento público da responsabilidade do estado pelas violações por parte do Governador do estado de São Paulo. No entanto, não logrou “ajudar financeiramente a vítima na conclusão de seus estudos superiores”, pois o Estado não encontrou a via adequada para satisfazer tal recomendação. Cf. par. 121 do Relatório Anual de 2010 da Com IDH.

⁶² Cf. par. 122 do Relatório Anual de 2010 da Com IDH.

4.2.6. Análise crítica

Os casos analisados revelam, em primeiro lugar, o problema da demora do Estado em responder às recomendações da Com IDH. Todos os casos analisados são anteriores ao ano de 2005, sendo que por oportunidade da publicação do último informe anual da Com IDH, de 2011, ainda não se encontravam em condições de serem concluídos. Os demais casos, posteriores àquela data, não contam com qualquer informação do Estado acerca de medidas adotadas.⁶³

Dentro deste quadro, a maior dificuldade do Estado brasileiro é satisfazer a expectativa da Com IDH no que tange à investigação e à condenação dos acusados. Além da demora constatada no procedimento policial e processual, não é rara a alegação dos petiçãoários noticiando falhas nestes. Neste sentido, no caso *Simone André Diniz* o Estado respondeu a esta insatisfação comprometendo-se em defender a competência federal para o julgamento do delito de redução à condição análoga de escravo, com objetivo de evitar a impunidade. Quanto às medidas de indenização e reparação recomendadas, os processos, em geral, têm sido levados a cabo, também com certa dificuldade e lentidão, pelas próprias vítimas e seus representantes, por meio de ações civis.

Mais abundantes, em matéria de cumprimento das recomendações, são as ações oriundas do Poder Executivo, como os planos e pactos, orientados a fortalecer as políticas públicas nas matérias em que foram observadas as falhas do Estado.

Observou-se um incremento da legislação em matéria penal, especialmente em relação à violência doméstica, que recebeu amplo tratamento, com a Lei 11. 340/2006, como também, ainda que em menor amplitude, em relação ao trabalho escravo e à discriminação racial. Finalmente, mereceu especial preocupação da Com IDH o problema do deslocamento da competência da Justiça Militar para a Justiça Comum naqueles delitos praticados por militares contra civis. O assunto foi considerado somente parcialmente resolvido pela Com IDH, na medida em que não foi deslocada à Justiça comum a competência em todos os delitos praticados por militares contra civis.

⁶³ São eles: Informe 35/08, referente ao caso 12.019; Informe 25/09, referente ao caso 12.310; Informe 26/09, referente ao caso 12.440 e Informe 37/10, referente ao caso 12.308.

4.3. Medidas Provisórias determinadas pela Corte IDH

4.3.1. Caso Penitenciária Urso Branco

O pedido foi apresentado em 18 de junho de 2002 e tinha por objetivo a cessação da matança de detentos que estavam recolhidos na Casa de Detenção José Mario Alves (Penitenciária Urso Branco), localizada na cidade de Porto Velho, estado de Rondônia.

Tendo em vista a reiteração dos episódios de violência, foram necessárias nove resoluções de supervisão de cumprimento de sentença e o ajuizamento de uma Ação Civil Pública,⁶⁴ além de um pedido de intervenção federal no Estado de Rondônia.⁶⁵

Em 25 de agosto de 2011 foi firmado pelo Estado brasileiro⁶⁶ um pacto que gerou o acordo entre as partes para o levantamento das medidas protetivas.⁶⁷ Finalmente, considerando a existência de investigação e algumas condenações penais pelos fatos que ensejaram as medidas provisórias, a Corte resolveu levantar as medidas ordenadas e arquivar o procedimento.⁶⁸

4.3.2. Caso das crianças e adolescentes internados no Complexo do Tatuapé da FEBEM/São Paulo

A morte de vários adolescentes e os reiterados motins violentos ocorridos no *Complexo Tatuapé* da FEBEM, no estado de São Paulo, ensejaram o acolhimento, em 17 de novembro de 2005, da solicitação da Com IDH para a adoção de medidas provisórias contra o Estado brasileiro, as quais foram mantidas até 2008, dada a persistência daquela situação.

Somente em 25 de novembro de 2008 a Corte IDH levantou as medidas de proteção e determinou o arquivamento do procedimento,⁶⁹ após acolher diversas medidas de

⁶⁴ Ação Civil Pública n. 001.2000.012739-7, ajuizada pelo Ministério Público, cuja sentença ordenou, entre outras disposições, reformas em Urso Branco e a contratação de agentes penitenciários por meio de concurso público e em prazo determinado. Cf. parágrafo 27 da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença de 25 de novembro de 2009.

⁶⁵ Pedido apresentado perante o STF em 7 de outubro de 2008 pela Procuradoria Geral da República.

⁶⁶ “Pacto para Melhoria do Sistema Prisional do Estado de Rondônia e Levantamento das Medidas Provisórias Outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”. <http://www.sejus.ro.gov.br> (2.9.2012).

⁶⁷ Acordo firmado em audiência pública, realizada em 25 de agosto de 2011, durante o 92º Período Ordinário de Sessões da Corte Interamericana, celebrado em Bogotá, Colômbia.

⁶⁸ Cf. parágrafo 26 da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença de 25 de novembro de 2009.

⁶⁹ A resolução da Corte IDH de 3 de julho de 2007 declarava que não seriam analisadas, em sede de medidas provisórias, “a efetividade das investigações dos fatos que deram origem às referidas medidas, nem a

caráter administrativo com vistas à melhoria do sistema de internação de adolescentes, dentre elas a desativação do *Complexo do Tatuapé* e a redução do índice de reincidência entre os adolescentes que cumpriram medidas socioeducativas na Fundação.

4.3.3. Caso dos detentos da Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira” em Araraquara, São Paulo

Este caso teve como antecedentes os fatos violentos ocorridos no estado de São Paulo, a partir de 12 de maio de 2006, quando mais de 70 rebeliões ocorreram nos presídios, centros de detenção provisória, cadeias públicas e unidades da FEBEM. Após uma nova rebelião, ocorrida em junho de 2006, 1600 presos retornaram ao Centro de Detenção, onde foram isolados em uma ala que comportava apenas 160. Diante da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) consistente em transferir apenas 100 pessoas por semana, dada a impossibilidade de proceder à remoção imediata de todos os detentos, a Corte IDH considerou que a urgência dos fatos e os riscos da superpopulação justificavam a determinação de medidas provisórias.

A tomada de providências por parte do Poder Executivo estadual, no sentido de amenizar o problema da superlotação do estabelecimento carcerário e garantir melhores condições aos beneficiários das medidas, ensejou o levantamento das referidas medidas. Chama a atenção, sem embargo, o fato de que a Corte IDH considerou satisfatória a conclusão de uma investigação administrativa que não demonstrou a responsabilidade de nenhum funcionário do Estado, salvo de internos que participaram nos fatos, e que finalizou com a transferência dos líderes do movimento e a imposição das devidas sanções legais”.⁷⁰

suposta negligência do Estado nas referidas investigações, posto que correspondem ao exame de mérito do assunto, que será tratado na etapa oportuna de tramitação do caso 12.328, atualmente sob o conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos”. No mesmo sentido, a decisão de 25 de novembro de 2008 ressaltou que as medidas apresentadas pelo Estado, suficientes para levantar as medidas provisórias, deverão ser compatíveis com os padrões de proteção fixados pela Convenção Americana, o que, sem embargo, somente será avaliado na etapa de mérito do caso 12.328, em fase de conhecimento pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

⁷⁰ Cf. par. 11 da Resolução de 25 de novembro de 2008.

4.3.4. Caso Unidade de Internação Socioeducativa

O caso envolveu a situação de descontrole, além dos reiterados atos de violência ocorridos na Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), pertencente ao Instituto de Atendimento Socioeducativo do Estado do Espírito Santo (IASES).⁷¹

Até a data de conclusão deste trabalho, as medidas provisionais encontram-se vigentes em razão da persistência de denúncias sobre fatos violentos no interior daquela instituição.

4.3.3. Análise crítica

A análise dos casos revela, por um lado, o cabimento da determinação e, posteriormente, a manutenção das medidas provisórias determinadas pela Corte IDH, dada a gravidade das violações ocorridas, todas envolvendo perigo ao direito à vida e à integridade física. Por outro lado, evidencia a preocupante incapacidade do Estado em cumprilas em prazo razoável. Assim, dos quatro casos em que foram determinadas medidas provisórias, nenhum foi concluído com a primeira resolução. Todos estiveram submetidos a reiteradas resoluções por mais de dois anos, sendo que em um deles, o caso *Urso Branco*, foram necessários nove anos para que as medidas pudessem ser consideradas satisfeitas, com a necessidade, inclusive, de um pedido de intervenção federal em face do estado de Roraima.

Importante notar que em três dos casos analisados o Estado logrou o arquivamento das medidas, em grande parte com a apresentação de planos, pactos ou programas de ação, cujas medidas programáticas de curto, médio e largo prazo foram consideradas suficientes pela Corte IDH. É importante ressaltar, neste sentido, que somente o caso *Urso Branco* contou com a anuência dos representantes dos beneficiários e da Com IDH para a cessação das medidas.

Observam-se, além disso, ações majoritariamente tomadas no âmbito do Poder Executivo federal e estadual e ações mais escassas em sede do Poder Judiciário. Sem dúvida, a escassa resposta do Estado no que se refere ao cumprimento das medidas que determinavam a investigação e punição dos responsáveis pelas violações, especialmente

⁷¹ Originalmente apresentado ante a Com IDH, em 15 de julho de 2009, sob o registro MC-224-09, e não produzindo os efeitos de proteção almejados, a Com IDH decidiu apresentar o caso à Corte IDH em 22 de novembro de 2010 para solicitar medidas provisionais, em razão da urgência e gravidade dos fatos ali ocorridos.

de agentes do Estado, se converte na falha mais preocupante nas respostas do Estado às medidas urgentes. A este respeito, observa-se que, em geral, o Estado informou apenas o início do procedimento policial ou o ajuizamento da ação penal, com pouquíssimas respostas efetivas. E o que nos parece igualmente grave é a aceitação dessas informações sobre procedimentos inconclusos, por parte da Corte IDH, para considerar cumpridas as obrigações, ignorando o risco de que a demora excessiva de tais procedimentos impeça a efetiva resposta jurisdicional.

4.4. Casos contenciosos perante a Corte IDH

4.4.1. Caso Ximenes Lopes

A primeira decisão de mérito contra o Estado brasileiro proferida no contexto do sistema interamericano de direitos humanos versou sobre a morte, não esclarecida e ocorrida em circunstâncias violentas, de Damião Ximenes Lopes em uma casa de repouso na cidade de Sobral, estado do Ceará, em 4 de outubro de 1999.

O caso foi submetido à Corte IDH, que reconheceu a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação de diversos direitos humanos.⁷² Dentre as várias obrigações impostas, restou a determinação de abertura de investigação criminal e a instauração da respectiva ação penal para a punição dos responsáveis.⁷³

Por ocasião da primeira Resolução de Supervisão, a Corte IDH reconheceu o cumprimento das obrigações referentes ao pagamento das indenizações por danos material e imaterial aos familiares da vítima, e de restituição das custas e gastos. O pagamento

⁷² A saber: a) direitos à vida e à integridade pessoal de Damião Ximenes Lopes (arts. 4.1, 5.1 e 5.2 da CADH) e b) direitos à integridade pessoal dos familiares de Ximenes (art. 5 da CADH) e, também, com relação a estes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (arts. 8.1 e 25.1 da CADH).

⁷³ Conforme estabelecido no ponto 6 da parte resolutiva. É interessante notar que a obrigação é complementada em seu sentido e alcance pela remissão feita ao disposto nos parágrafos 245 a 248. Nesse aspecto, a Corte IDH reitera o entendimento já consagrado em decisões anteriores (*Casos Baldeón García; Massacre de Puerto Bello e Gómez Palomino*), reforçando, portanto, a importância que cercam a apuração das violações de direitos humanos pelos Estados nacionais e a punição dos respectivos responsáveis, dentro de um prazo razoável. Reconhece, dessa forma, a existência de um direito inalienável por parte das vítimas e de seus familiares em conhecerem a verdade sobre tais violações o que, portanto, fixa uma correspondente obrigação da parte do Estado e de suas autoridades. Ao mesmo tempo, a Corte IDH afirma a importância que o conhecimento sobre a verdade de tais fatos assume para a própria sociedade, já que estimularia o desenvolvimento de mecanismos próprios de reprevação e prevenção. É o que se infere dos parágrafos 245 a 248 da decisão.

destas foi autorizado por intermédio do Decreto n. 6.185 de 13 de agosto de 2007, e levado a cabo em 17 de agosto de 2007.⁷⁴

No entanto, após três resoluções de supervisão de cumprimento da sentença,⁷⁵ continuam pendentes as obrigações relacionadas com a adoção de medidas persecutórias, já que a ação penal se encontrava, até o ano de 2010, sem solução definitiva diante da pendência do julgamento de recurso de apelação e do recurso em sentido estrito, perante o TJ/CE.⁷⁶ Também estão pendentes de cumprimento as obrigações de capacitação e de formação dos funcionários da área de saúde, de acordo com os princípios e regras internacionais para tratamento de pacientes enfermos mentais.

4.4.2. Caso Escher

O caso envolveu a discussão sobre a violação do direito à privacidade das comunicações telefônicas e o resguardo do sigilo do material colhido por força de interceptações judicialmente autorizadas no âmbito de investigações criminais.

Ao declarar a responsabilidade penal do Estado brasileiro, a Corte IDH, além de condená-lo ao pagamento das custas e das despesas processuais havidas com a tramitação do processo,⁷⁷ condenou-o, igualmente, ao pagamento, em favor das vítimas, de valores relacionados com a indenização por dano imaterial.⁷⁸ Paralelamente, impôs a obrigação de que a sentença fosse amplamente divulgada por meios de comunicação, tanto tradicionais quanto eletrônicos⁷⁹; a obrigação de abertura de investigações que levassem à identificação dos responsáveis pelas violações ao sigilo do conteúdo das conversas telefônicas interceptadas⁸⁰ e, finalmente, a obrigação de implementar cursos de capacitação

⁷⁴ Idem, parágrafo 21.

⁷⁵ Resoluções de 02 de maio de 2008, 21 de setembro de 2009 e 17 de maio de 2010.

⁷⁶ Em 29 de junho de 2009 a Terceira Vara da Comarca de Sobral, Ceará, emitiu uma sentença condenatória no marco da Ação Penal n. 2000.0172.9186-1, relativa aos fatos deste caso. Posteriormente, foram interpostos recursos em sentido estrito e de apelação, razão pela qual a ação penal se encontra atualmente sob análise do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). A deliberação do recurso em sentido estrito foi inserida na pauta de julgamento do TJ/CE. Resolvido esse recurso, a apelação interposta também será incluída na pauta do referido tribunal. Conforme parágrafo 8 da Resolução de Supervisão de Sentença de 17 de maio de 2010.

⁷⁷ Cf. par. 259 a 264.

⁷⁸ Cf. par. 235.

⁷⁹ Cf. par. 239.

⁸⁰ De acordo com a sentença, caberia ao Brasil investigar os fatos relacionados com a divulgação das fitas que continham as conversas gravadas e que tinham sido obtidas em razão de interceptação telefônica judicialmente determinada no curso de investigação criminal. É interessante notar que, muito embora a obrigação tenha sido indicada

e de formação contínua de funcionários do Poder Judiciário e da Polícia. Tais medidas foram cumpridas.⁸¹ Sem embargo, merecem destaque outros argumentos do Estado brasileiro, aceitos pela Corte IDH, para deixar de cumprir a obrigação de investigar os fatos que geraram as violações apontadas, conforme passamos a expor.

Pela legislação penal brasileira, tanto a interceptação ilegal das comunicações telefônicas quanto a quebra do segredo de Justiça a ela relacionado constituem infração penal apenada com até quatro anos de reclusão, além de pena pecuniária.⁸² A legitimidade para propositura de ação penal, nesta hipótese, pertence, privativamente, ao Ministério Público, razão pela qual a SEDH remeteu a sentença proferida pela Corte IDH à Procuradoria Geral de Justiça do estado do Paraná para que fosse dado cumprimento às obrigações emergentes. Em resposta, aquele órgão informou que os eventuais ilícitos penais já estariam atingidos pela extinção da punibilidade diante da ocorrência da prescrição,⁸³ o que impediria a adoção de qualquer medida persecutória. E em reforço à argumentação, lembrou que aqueles fatos não poderiam ser equiparados aos crimes contra a humanidade ou mesmo às graves violações de direitos humanos, já que envolviam a violação do direito à privacidade, o que os afastaria do regime punitivo mais rigoroso reconhecido para estas infrações penais, dentre os quais a própria imprescritibilidade.⁸⁴

Insistindo na obtenção da satisfação das obrigações impostas pela Corte IDH, a SEDH consultou o Ministério Público quanto à possibilidade de promoção de um in-

no par. 247 da respectiva sentença, a Corte IDH faz conexão com os fatos indicados em outros dois parágrafos do mesmo julgado, os quais, dessa forma, servem de complemento à determinação estabelecida. Mais do que isto, a conexão acaba fixando um critério orientador das novas investigações. Com efeito, no par. 204 a Corte IDH aponta erro na valorização probatória desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do estado do Paraná quando do julgamento do recurso de apelação 153.894-1 e que levou à absolvição do ex-Secretário de Segurança daquele estado. Segundo a Corte IDH, a absolvição em segundo grau de jurisdição teria sido proclamada sem que se fizesse um confronto entre o teor das gravações apresentadas pelo ex-Secretário a jornalistas e aquelas divulgadas em data anterior por noticiário televisivo. Já no par. 205 da mesma sentença, a Corte IDH aponta falhas na apuração da responsabilidade pela entrega dos áudios gravados à empresa de televisão e que levaram à sua indevida divulgação.

⁸¹ O Decreto No. 7.158/10, de 20 de abril de 2010, autorizou a Secretaria de Direitos Humanos a realizar o pagamento dos montantes fixados na Sentença. Ato seguido, em 28 de abril e 19 de maio de 2010 foram realizados os pagamentos às vítimas, assim como a restituição de custas e gastos. Quanto à obrigação de publicação da decisão da Corte IDH, as partes pertinentes da sentença foram publicadas no Diário Oficial e nos jornais "O Globo" e "Correio Paranaense". Igualmente, a sentença foi publicada nos sítios web oficiais da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, da Procuradoria Geral de Justiça, do Tribunal de Justiça e do Governo, estes últimos do estado do Paraná.

⁸² Cf. art. 10 da Lei 9.296/1996.

⁸³ Cf. disposto pelo art. 10 da Lei 9.296/96, combinado com o art. 109 do CPB.

⁸⁴ Cf. par. 13 da Resolução de Supervisão de Sentença de 19 de junho de 2012.

querito civil ou, inclusive, de um procedimento de natureza investigatória penal, mesmo que ao final se concluisse pela ocorrência da prescrição. A primeira proposta foi afastada diante da configuração da prescrição também na esfera civil. Já quanto à abertura de inquérito, o Ministério Público lembrou que qualquer medida persecutória estaria desprovida de justa causa, o que impediria qualquer medida dirigida à satisfação de interesse punitivo que, no caso, seria inexistente.⁸⁵

É fato que as justificativas apresentadas causaram irresignação, tanto por parte dos representantes das vítimas quanto da Com IDH, para quem a excessiva demora e a negligência teriam sido os motivos determinantes para que se buscasse a tutela do sistema regional de proteção dos direitos humanos, sendo impossível que o Estado pudesse alegar ao seu favor justificativa provocada por sua própria desídia. Ademais, ressaltou a Com IDH que a prescrição já estava concretizada quando da decisão da Corte IDH, o que não impediu a determinação de investigação e de punição dos responsáveis. Finalmente argumentaram que o Estado, por todos os seus poderes, teria o dever de cumprir a decisão, buscando, inclusive, alternativas para evitar qualquer causa de impedimento à investigação, a fim de reconhecer os responsáveis pela lesão. Segundo o assinalado, essa seria uma demonstração de boa-fé e empenho, ainda que não significasse o cumprimento literal da decisão da Corte.⁸⁶

Ao enfrentar os argumentos, a Corte IDH novamente reafirmou a existência de um regime jurídico punitivo mais severo, o qual incidiria sobre condutas cuja gravidade tornaria necessária a efetivação do poder punitivo. Daí a incompatibilidade com a concessão de anistias ou mesmo com a aplicação de outras causas de exclusão da responsabilidade penal dos agentes criminosos.⁸⁷ Nesse ponto lembrou as associações feitas por sua própria jurisprudência entre a imprescritibilidade e os casos de desaparecimento forçado, de execução sumária de pessoas, de tortura e de casos de violação maciça e sistemática de direitos humanos.⁸⁸ Entretanto, muito embora a Corte IDH tenha reconhe-

⁸⁵ Cf. par. 13 da Resolução de 19 de junho de 2012.

⁸⁶ Cf. pars. 14 e 15 da Resolução de 19 de junho de 2012.

⁸⁷ A Corte IDH citou o seguinte trecho do caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, ao acolher os argumentos do estado brasileiro: "em certas circunstâncias o Direito Internacional considera inadmissível e inaplicável a prescrição[,] assim como as disposições de anistia e o estabelecimento de causas excludentes de responsabilidade, a fim de manter vigente no tempo o poder punitivo do Estado sobre condutas cuja gravidade faz necessária sua repressão para evitar que voltem a ser cometidas". Cf. parágrafo 18 da Resolução de 19 de junho de 2012.

⁸⁸ "Na jurisprudência da Corte IDH, a improcedência da prescrição usualmente tem sido declarada em função das peculiaridades de casos que envolvem graves violações aos direitos humanos, tais como o desaparecimento forçado

cido a gravidade dos fatos que cercaram o caso *Escher*, não equiparou aquela violação às denominadas “violações graves de direitos humanos”, estas sim com conotação e efeitos jurídicos muito próprios. O afastamento desta equiparação jurídica levou a Corte IDH a declarar por concluída a supervisão de cumprimento da sentença relativamente à obrigação de adoção de medidas persecutórias por parte do Estado brasileiro.⁸⁹

4.4.3. Caso *Garibaldi*

Em 27 de novembro de 1998, Sétimo Garibaldi foi morto, vítima do ataque de um grupo armado, na Fazenda São Francisco na cidade de Querência do Norte, Estado do Paraná, na época ocupada por cerca de cinquenta famílias vinculadas ao Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST). Os fatos apurados em sede judicial comprovavam que o grupo armado tinha por objetivo desocupar a fazenda, o que resultou frustrado porque os homens se retiraram depois que a vítima foi atingida por um projétil de arma de fogo, disparado por um dos membros do grupo.⁹⁰

Entre os anos de 1998 e 2004 o inquérito policial instaurado para apurar as circunstâncias e a responsabilidade pela morte de Sétimo Severo foi procrastinado pela falta de diligências e de medidas investigatórias, o que resultou em seu arquivamento em 18 de maio de 2004.⁹¹ Foi somente em razão do processo promovido junto à Corte IDH e,

de pessoas, a execução extrajudicial e a tortura. Além disso, em alguns destes casos as violações de direitos humanos ocorreram em contextos de violações massivas e sistemáticas”. Nesta mesma decisão, a Corte IDH referiu-se ao caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* nos seguintes termos: “são inadmissíveis as [...] disposições de prescrição [...] que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

⁸⁹ Cf. par. 21 da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 19.06.2012.

⁹⁰ Documentos citados na sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 23 de setembro de 2009: contestação da demanda, folhas 667 e 668; parecer do Ministério Público de 12 de maio de 2004 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo Único, Anexo 4, folhas 2130 a 2132); e pedido de desarquivamento do Inquérito Policial No. 179/98 apresentado pelo Ministério Público em 20 de abril de 2009 (Expediente de documentos apresentados na audiência pública, Tomo Único, folhas 2582 e 2585).

⁹¹ Inquérito Policial n. 179/98, instaurado no mesmo dia 27 de novembro de 1998, tinha por objetivo averiguar a morte de Sétimo Garibaldi, o crime de posse ilegal de arma e o crime de formação de quadrilha ou bando. Em 12 de maio de 2004, o Promotor de Justiça responsável pelo caso solicitou o seu arquivamento (parágrafos 73, 75 e 97, respectivamente, da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 23 de setembro de 2009).

especialmente, em face das novas provas lá produzidas, que o inquérito acabou sendo desarquivado.⁹²

O fato é que a Corte IDH reconheceu não só a violação de garantias judiciais, mas também a denegação da própria justiça aos familiares da vítima,⁹³ em razão de falhas na condução do inquérito policial, em especial a excessiva dilação dos prazos para realização de diligências investigatórias. Nesse contexto, impôs ao Estado brasileiro a obrigação de conduzir, de forma eficaz e dentro de um prazo razoável, o inquérito policial e o eventual processo condenatório, para punir, ao final, os verdadeiros responsáveis pela morte de Garibaldi. Paralelamente, impôs, ainda, fossem devidamente apuradas as faltas funcionais dos agentes responsáveis pela condução desidiosa daquele inquérito.⁹⁴

A Corte IDH também condenou o Estado brasileiro à publicação da sentença, ao pagamento de indenizações a título de danos materiais e imateriais à família da vítima, além de à restituição das custas e gastos processuais, obrigações estas declaradas cumpridas na resolução de supervisão de sentença, de 20 de fevereiro de 2012.⁹⁵ Na mesma oportunidade, também foram acolhidas as razões do Estado brasileiro para justificar o arquivamento de todos os procedimentos administrativos instaurados contra os funcionários policiais, como também não prosperaram os procedimentos administrativos contra os promotores⁹⁶ e contra a juíza⁹⁷ que atuaram no caso, em razão de não haver

⁹² Pelo sistema processual penal brasileiro, o arquivamento do inquérito policial não é, em princípio, definitivo, podendo ser reaberto, caso novas provas surjam e desde que, obviamente, não tenha sido extinta a punibilidade pela prescrição ou por outro motivo. A questão vem disciplinada pelo art. 18 do CPP e, também, pela súmula 524 do STF.

⁹³ Cf. arts. 8.1 e 25.1, combinado com o art. 1.1 da CADH.

⁹⁴ Nos termos dos parágrafos 165 a 169 da sentença de 23 de setembro de 2009.

⁹⁵ Na primeira Resolução de supervisão de sentença, de 22.02.2011, a Corte IDH reconheceu cumprida apenas a obrigação relativa à publicação da sentença.

⁹⁶ Procedimentos administrativos de investigação, um por parte da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado do Paraná, e outro por parte da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. O primeiro deles, no ano 2006, concluiu que o promotor atuou no caso “segundo sua própria consciência e também em vista do ordenamento jurídico vigente”, de modo que arquivou o procedimento. Em relação ao segundo procedimento de investigação, iniciado pelo Conselho Nacional do Ministério Público em virtude da sentença da Corte, este arquivou a denúncia em função da “inexistência de provas que conduzam ao entendimento de qualquer infração disciplinar cometida pelo membro do Ministério Público do Estado do Paraná”. Cf. parágrafo 9 da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença da Corte IDH, de 20 de fevereiro de 2012.

⁹⁷ Conforme consta no parágrafo 9 da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença da Corte IDH, de 20 de fevereiro de 2012: “O Corregedor Geral de Justiça do Estado do Paraná iniciou uma averiguação a respeito da conduta da juíza responsável pelo caso da morte do senhor Garibaldi, a partir da Sentença da Corte Interamericana. A este respeito, concluiu que a conduta da juíza não constituiu uma infração disciplinar e arquivou os autos”.

sido demonstrada nenhuma prática de infração disciplinar por parte dos operadores do Poder Judiciário.⁹⁸

Desta feita, passados quase catorze anos desde a ocorrência dos fatos, para os órgãos de controle e de fiscalização do sistema interamericano de direitos humanos subsiste a obrigação de “conduzir eficazmente e dentro de um prazo razoável o inquérito e qualquer processo que chegar a abrir como consequência deste, para identificar, julgar e, eventualmente, sancionar os autores da morte de Garibaldi”.⁹⁹

4.4.4. Análise crítica dos casos *Ximenes Lopes, Escher e Garibaldi*

A despeito da ausência de regulamentação normativa específica sobre os procedimentos e mecanismos para cumprimento das decisões proferidas no contexto do sistema interamericano de direitos humanos, o fato é que a União vem dando efetividade aos pontos resolutivos das sentenças que impõem o pagamento de indenizações às vítimas, assim como às determinações de ampla publicidade das decisões proferidas pela Corte IDH.

Contudo, uma vez mais, o ponto crítico a ser ressaltado é a falta ou a excessiva demora do Estado em cumprir as determinações da Corte referentes à investigação e à punição dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos. A inércia e a ineficiência do aparato estatal são, em um primeiro momento, os fatos geradores das denúncias àquele tribunal, e a persistência destas condições passam a ser, posteriormente, o maior obstáculo para o cumprimento das determinações das sentenças de condenatórias. É verdade que a atuação conjunta da SEDH e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi festejada pela Corte IDH por ocasião da celebração do Acordo de Cooperação Técnica, cujo objetivo é o de promover a celeridade na tramitação dos casos relacionados com violações de direitos humanos que se encontrem sob exame de sistemas internacionais de proteção.¹⁰⁰

Assim, verifica-se que os casos *Ximenes Lopes* e *Garibaldi* permanecem sob supervisão da Corte mesmo após o transcurso de seis e de três anos, respectivamente, desde a publicação das respectivas sentenças condenatórias, já que não há, no âmbito nacional, decisões definitivas contra os acusados pelas mortes das

⁹⁸ Cf. parágrafo 14 da Resolução de supervisão de cumprimento de 22 de fevereiro de 2012.

⁹⁹ Cf. ponto resolutivo sétimo da sentença fiscalizadora.

¹⁰⁰ Cf. Resolução de Supervisão de Sentença de 2 de maio de 2008, no caso *Ximenes Lopes*.

vítimas, fatos assinalados pela Corte IDH como impeditivos para o arquivamento dos respectivos processos protagonizados pelo Brasil.¹⁰¹

De qualquer modo, o caso *Escher* é o mais emblemático. A ânsia punitiva representada pela equiparação da violação do sigilo das comunicações telefônicas judicialmente interceptadas ao que se convencionou denominar de “graves violações aos direitos humanos”, era sabidamente exagerada, justamente por implicar um regime punitivo extremamente rigoroso e que guarda na intolerância à impunidade o seu marco fundante.¹⁰² Aliás, naquele caso, a Corte IDH chegou a imiscuir-se nos critérios de avaliação probatória adotados por órgão jurisdicional brasileiro e cuja decisão fora proferida em contexto de pleno vigor democrático. A determinação de retomada de investigações em caso que já estava acobertado pela supremacia absoluta da coisa julgada absolutória – e que inclusive é afirmada pelo próprio Pacto de San Jose da Costa Rica -, e a afirmação da imprescritibilidade conferiam um cenário extremamente preocupante em face da ausência de critérios razoáveis para a delimitação do alcance das chamadas “graves violações de direitos humanos”.

Nesse aspecto, ao acolher as justificativas apresentadas pelo Estado brasileiro, que procuravam desvincular a violação do sigilo de comunicações telefônicas do contexto das “graves violações de direitos humanos” – como é o caso das torturas, das execuções sumárias e do desaparecimento de pessoas -, a Corte IDH deu um importante passo na consolidação do entendimento que ela própria já vinha de-

¹⁰¹ A este respeito, no caso Ximenes Lopes, ver par. 12 da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença de 17 de maio de 2010 e, no Caso Garibaldi, ver o par. 15 da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 20 de fevereiro de 2012.

¹⁰² No trabalho intitulado “*Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos” já havíamos chamado a atenção para este problema quando afirmamos “[...] É que aqui, claramente, os ideais de segurança das relações jurídicas e da garantia de resguardo da liberdade individual frente ao poder punitivo cedem espaço em favor do chamado combate à impunidade. Esta opção é normalmente justificada em face da extrema gravidade e da dimensão dos crimes praticados.” Assis Moura, Maria Thereza Rocha de; Zilli, Marcos; Monteconrado, Fabíola Girão: “*Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel; Elsner, Gisela (editores). Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional – Tomo II, Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2011, p. 393-424.

senvolvendo desde os casos *Albán Conejo vs. Ecuador*¹⁰³ e *Ibsén Cárdenas e Ibsén Peña vs. Bolívia*.¹⁰⁴

4.4.5. Caso Lund

Na tentativa de reverter o quadro de omissões por parte do Estado brasileiro frente à investigação e à apuração de responsabilidades pelos crimes cometidos por agentes públicos quando da repressão política ocorrida durante o regime militar, o Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e a Human Rights Watch (HRW) - ambos em nome dos desaparecidos no contexto da “Guerrilha do Araguaia” e de seus familiares - apresentaram, em 07 de agosto de 1995, perante a Com IDH, petição que, após processamento, resultou no ajuizamento de ação perante a CIDH em 26 de março de 2009 (caso *Lund e outros*). O objetivo era o de ver declarada a responsabilidade do Brasil por graves violações de direitos humanos (consistentes na detenção ilegal, tortura, desaparecimento forçado e execução sumária de setenta pessoas quando da repressão à chamada “Guerrilha do Araguaia”) executadas pelo governo militar, entre os anos de 1972 e 1975, bem como pela omissão na adoção de qualquer medida persecutória ou mesmo de revelação sobre a verdade dos fatos.

A incompetência *ratione temporis*, uma das principais preliminares arguidas quando da defesa, não foi acolhida com relação ao crime de desaparecimento forçado de pessoas justamente em razão de seu caráter permanente. Para a Corte IDH, ainda que o reconhecimento de sua jurisdição por parte do Brasil tivesse ocorrido somente em 10 de dezembro de 1998, tal não seria obstáculo para a afirmação de sua competência para conhecimento dos fatos, que, por suas características, tiveram continuidade após aquela data. Nesse sentido, e invocando a própria jurisprudência (*Blake vs. Guatemala*, *Radilla Pacheco vs. México*, *Ibsen Cárdenas vs. Bolívia* e *Velásquez Rodrígues vs. Honduras*),

¹⁰³ Tratou-se do caso equatoriano da morte de uma jovem, decorrente de erro médico. A declaração da prescrição da ação penal contra o acusado estava pendente de recurso no sistema judiciário daquele país e a Corte IDH considerou que não correspondia excluir a possibilidade de prescrição porque o caso não satisfazia os requisitos para a imprescriibilidade, reconhecidos nos instrumentos internacionais. Desta vez reconheceu a inadmissibilidade e inaplicabilidade da prescrição somente para os casos de “violações muito graves aos direitos humanos”, em conformidade com o Direito Internacional. Cf. par. 111 da Sentença de mérito, reparações e custas de 22 de novembro de 2007.

¹⁰⁴ Nesta decisão foi reiterado o critério adotado no caso *Albán Conejo*, ao estabelecer que a inadmissibilidade da prescrição se dá naqueles casos cuja “gravidade faz necessária sua repressão para evitar que voltem a ser cometidas”. Cf. Sentença de mérito, reparações e custas de 1 de setembro de 2010.

a Corte IDH fez referência específica ao desaparecimento forçado de pessoas, assinalando que o início da execução de tal conduta coincidiria com a privação da liberdade da vítima, prosseguindo enquanto não fosse fornecida qualquer informação sobre o paradeiro desta. Nessa perspectiva, o encerramento do marco executório somente se daria no momento em que informações sobre o paradeiro ou sobre o destino da vítima fossem obtidas, elementos estes considerados ausentes no caso brasileiro.¹⁰⁵

É certo que, além de afirmar a sua competência com relação às violações permanentes que assim se mantiveram após a data de 10 de dezembro de 1998, a Corte IDH também reconheceu a sua jurisdição para o exame das omissões, verificadas a partir daquela mesma data, ou mesmo aquelas que assim persistiram, relacionadas com a ausência de quaisquer medidas persecutórias tendentes à apuração da responsabilidade penal dos agentes de estado e, também, para a revelação sobre a verdade dos fatos.¹⁰⁶

No mérito, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Brasil pelo desaparecimento forçado de sessenta e duas pessoas e, nesse aspecto, declarou a incompatibilidade da Lei de Anistia (Lei 6.683 de 28 de agosto de 1979) com a obrigação internacional de investigação de graves violações de direitos humanos. Nesse sentido, afirmou que aquela lei careceria de efeitos jurídicos, de modo que não mais poderia representar um impedimento para a adoção de medidas persecutórias tendentes à apuração das responsabilidades penais relacionadas com os fatos tratados no caso *Lund* ou mesmo relativamente a outras graves violações de direitos humanos.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cf. par. 17: "Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil."

¹⁰⁶ Cf. par. 18: "Além disso, o Tribunal pode examinar e se pronunciar sobre as demais violações alegadas, que se fundamentam em fatos que ocorreram ou persistiram a partir de 10 de dezembro de 1998. Ante o exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados com a falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis, *inter alia*, pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as supostas restrições ao direito de acesso à informação, e o alegado sofrimento dos familiares."

¹⁰⁷ Cf. ponto resolutivo 3: "As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não

Em sua fundamentação, a Corte IDH recorreu à sua própria jurisprudência,¹⁰⁸ ao direito internacional dos direitos humanos,¹⁰⁹ ao direito penal internacional¹¹⁰ e, também, à jurisprudência nacional de alguns Estados¹¹¹ para afirmar a existência de um dever jurídico, constituído por medidas positivas efetivas e, portanto, não meramente formais, o qual estaria consubstanciado pelo dever estatal de investigar e de punir os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos.¹¹² Foi também com base nessa mesma variedade de fontes que a Corte IDH reafirmou a incompatibilidade deste dever

podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.”

¹⁰⁸ Foram feitas referências, dentre outros, aos casos *Velásquez Rodrígues, Fernández Ortega e outros* e *Rosendo Cantú e outra*.

¹⁰⁹ É o caso das referências feitas ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e, especificamente, aos casos: *Sathasivam versus Sri Lanka*. Comunicação No. 1436/2005, Decisão de 8 de julho de 2008, par. 6.4; *Amirov versus Federação Russa*. Comunicação No. 1447/2006, Decisão de 2 de abril de 2009, par. 11.2, e *Felipe e Evelyn Pestaño versus Filipinas*. Comunicação No. 1619/2007, Decisão de 23 de março de 2010, par. 7.2. (Nesse sentido, ver nota 190 da sentença proferida no caso *Lund*). Além disso, a Corte IDH também buscou amparo na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) para afirmar a existência de uma obrigação do Estado em conduzir investigações eficazes e, portanto, capazes de conduzir à identificação dos responsáveis de graves violações de direitos humanos tais como do direito à vida e à integridade pessoal. Nesse aspecto, fez referência específica aos casos: *Aksøy v. Turkey*. Application No. 21987/93, Judgment of 18 December 1996, para 98; *Aydin v. Turkey*. Application No. 23178/94, Judgment of 25 September 1997, par. 103; *Selçuk and Asker v. Turkey*. Applications Nos. 23184/94 and 23185/94, Judgment of 24 April 1998, par. 96, e *Keenan v. United Kingdom*. Application No. 27229/95, Judgment of 3 April 2001, par. 123 (Nesse sentido, notar especialmente o par. 145 e a respectiva nota 195 da sentença do caso *Lund*).

¹¹⁰ No ponto específico do direito penal internacional, a Corte IDH buscou amparo em decisão proferida pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), mais especificamente no caso *Prosecutor v. Furundžija*, julgado em 10 de dezembro de 1998 (Case No. IT-95-17/1-T, para. 155); em decisões proferidas pelo Tribunal Especial para a Serra Leoa, a saber: *Prosecutor v. Gbao*, decisão No. SCSL-04-15-PT-141, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, 25 May 2004, par. 10; *Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao*, caso No. SCSL-04-15-T, Judgment of the Trial Chamber, 2 March 2009, par. 54 e *Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao*, caso No. SCSL-04-15-T, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 8 April 2009, par. 253. Nesse aspecto, ver as notas 217 e 218 da sentença do caso *Lund*.

¹¹¹ Foram invocados os casos Santiago Martín Rivas do Tribunal Constitucional do Perú; Nibia Sabalsagaray Curutchet da Suprema Corte de Justiça do Uruguai e a Revisão da Lei 742 de 5 de junho de 2002 pela Corte Constitucional da Colômbia. Ver, nesse sentido, os parágrafos 166 a 168 da sentença proferida no caso *Lund*.

¹¹² Cf. par. 138: “O Tribunal reitera que a obrigação de investigar violações de direitos humanos se encontra dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção. O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade, condenada de antemão a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual”.

persecutório para com a anistia – fosse esta unilateral ou bilateral¹¹³ –, ou mesmo para com outras medidas impeditivas do exercício do poder punitivo estatal.

É certo que por ocasião do julgamento do caso *Lund* o STF havia enfrentado, recentemente, a discussão sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia, reconhecendo, ao final, a sua adequação para com a ordem constitucional de 1988. Nesse passo, a Corte IDH buscou amparo no controle de convencionalidade para reconhecer, no julgamento proferido pelo STF, uma violação aos dispositivos da Convenção Americana e da própria jurisprudência emanada do sistema interamericano de direitos humanos.¹¹⁴

Diante de tais premissas, ao Brasil foram impostas as seguintes obrigações: a) condução pela jurisdição comum – e não militar – de investigação criminal dos fatos relacionados com o desaparecimento forçado e a execução sumária de pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia, para a identificação e a punição dos autores materiais e intelectuais, vedando-se a aplicação da Lei de Anistia – ou disposição análoga –, a prescrição, a irretroatividade da lei penal, a coisa julgada e o princípio do *ne bis in idem*, ou mesmo qualquer outra excludente;¹¹⁵ b) empreender todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, em caso positivo, a identificação dos restos mortais com a entrega às respectivas famílias;¹¹⁶ c) oferecimento de tratamento médico, psico-

¹¹³ Nesse ponto, a Corte ressaltou que a incompatibilidade das anistias com um sistema internacional de proteção de direitos humanos não é uma questão formal – ser ou não uma autoanistia –, mas material, na medida em que confronta os direitos consagrados nos arts. 8 e 25 da Convenção Americana (par. 175).

¹¹⁴ Neste sentido, a Corte IDH reafirmou a submissão de todos os órgãos do Estado, inclusive os juízes, à Convenção Americana e, invocando o princípio *pacta sunt servanda*, bem como o disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, afirmou que “os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.” É de se observar que, relativamente ao dever de revelação da verdade, a Corte IDH também buscou apoio em antigos precedentes relacionados com o exercício da liberdade de expressão para afirmar a existência de um direito de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda a índole, o qual somente poderia ser restrinrido pelo Estado em situações e condições muito excepcionais (ver, para tanto, caso *Claude Reyes*). Dessa forma, tomando por base o desaparecimento forçado de pessoas, reafirmou os termos da decisão proferida no caso *Velásquez e Rodrigues* e, portanto, o direito que todos os familiares das vítimas têm de conhecer a verdade sobre o ocorrido e de obterem informações sobre o paradeiro de seus entes queridos. Invocando ainda os precedentes dos casos *Myrna Mack Chang, Tiu Tojan e Radilla Pacheco*, a Corte IDH destacou a impossibilidade de que o segredo de Estado, a confidencialidade dos dados, o interesse público e a segurança nacional pudessem ser invocados para que informações não fossem repassadas às autoridades administrativas ou judiciais envolvidas na investigação de violações de direitos humanos (Cf. par. 176,177 e 202).

¹¹⁵ É o que ficou determinado no ponto resolutivo 9 e que é complementado pelos parágrafos 256 e 257 da sentença.

¹¹⁶ Ponto resolutivo 10 que é complementado pelos parágrafos 261 a 263 da sentença.

lógico ou psiquiátrico requerido pelas vítimas;¹¹⁷ d) ampla divulgação da sentença;¹¹⁸ e) realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado brasileiro com a presença de altas autoridades e das vítimas;¹¹⁹ f) implementação de um curso permanente de capacitação das Forças Armadas em direitos humanos¹²⁰; g) adoção de todas as medidas necessárias para a tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas, de acordo com os parâmetros interamericanos, incluindo nestas medidas não só a elaboração do respectivo projeto de lei, mas também a sua aprovação em conformidade com o procedimento legislativo interno. Paralelamente a esta obrigação a Corte IDH impôs, também, após a tipificação penal, a adoção de medidas persecutórias tendentes à punição dos responsáveis;¹²¹ h) desenvolvimento de iniciativas que levem à obtenção de informações relacionadas, não só com a Guerrilha do Araguaia, mas também com as demais violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar¹²² e i) pagamento de valores a título de indenização por dano material, imaterial e restituição de custas e gastos.¹²³

5. O caso *Lund* e a obrigação de investigar e de punir. Considerações iniciais

Dos casos que envolveram o Brasil junto ao sistema interamericano de direitos humanos, sem dúvida o que mais suscita controvérsias na execução do comando decisório é o caso *Lund*. Isso porque dentre as várias obrigações impostas se determinou a adoção de

¹¹⁷ Ponto resolutivo 11.

¹¹⁸ Cf. estabelecido pelo par. 273, em complemento ao ponto resolutivo 12, o Brasil deveria publicar, uma única vez, no Diário Oficial, a sentença, um resumo desta em um diário de ampla circulação nacional e publicá-la de forma integral em um sítio eletrônico.

¹¹⁹ Ponto resolutivo 13 em conformidade com o par. 277.

¹²⁰ Ponto resolutivo 14 em conformidade com o par. 283.

¹²¹ A obrigação resulta da combinação do ponto resolutivo 15 com o disposto no par. 287 da sentença onde está detalhado o alcance da obrigação. É importante notar que, ao vincular a medida legislativa penal ao ajuizamento de ações penais, a CIDH reforça a dimensão permanente de tais crimes enquanto não apurado o paradeiro ou o destino das vítimas.

¹²² Ponto resolutivo 16.

¹²³ Ponto resolutivo 17 que é complementado pelo disposto nos parágrafos 302 a 305, 309 e 312 a 316 da sentença. Nesse caso, a CIDH considerou que os valores fixados pela Lei 9.140/95 a título de danos materiais e imateriais suportados pelos desaparecidos e que foram pagos aos seus familiares eram razoáveis. No entanto, com relação aos danos suportados pelos familiares, fixou, a título de dano imaterial, o valor de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares) para o familiar direto e US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares) para o familiar indireto.

medidas persecutórias voltadas à investigação e à punição dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados e pelas execuções sumárias de pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia, vedando-se, expressamente, os recursos à Lei de Anistia, à prescrição, à coisa julgada, à irretroatividade da lei penal e ao *ne bis in idem*.

Ocorre que poucos meses antes do julgamento pela Corte IDH, o STF, ao julgar a ADPF 153,¹²⁴ decidiu, por maioria de votos, pela conformidade constitucional da Lei de Anistia. Esta decisão acabou consolidando o entendimento, historicamente construído, de que os diversos crimes cometidos no contexto da repressão política praticada durante o regime militar tinham sido anistiados, o que inviabilizaria a adoção de qualquer medida persecutória. É certo que esta questão não passou despercebida pela Corte IDH, que tratou o julgamento do STF como exemplo manifesto de violação do controle de convencionalidade.

De qualquer modo, o quadro que se apresenta é especialmente complexo. De um lado, repousa a decisão proferida pela mais alta corte do país que, no exercício de sua jurisdição de controle de constitucionalidade, decidiu pela conformidade da Lei de Anistia à ordem constitucional. De outro, paira a decisão proferida no contexto do sistema interamericano de direitos humanos que, além de declarar sem efeito jurídico aquela lei, fixou obrigações persecutórias ao Estado brasileiro, as quais vieram acompanhadas do mandamento dirigido aos operadores do direito, proibindo estes de invocarem a prescrição, a coisa julgada, a irretroatividade da lei penal e o *ne bis in idem* como fundamento de seus atos e de suas decisões.

É certo que o cerne da discussão do caso *Lund* tomou por base o crime de desaparecimento forçado de pessoas e a sua natureza permanente. Aliás, este prolongamento temporal foi decisivo, não só para que a Corte IDH firmasse a sua competência, como também para que reconhecesse a violação contínua – por omissão – dos dispositivos da Convenção. O fato é que o STF não enfrentou a problemática emergente do desaparecimento forçado de pessoas, até mesmo porque a questão tratada pela ADPF 153 fora colocada em termos mais genéricos, qual seja: a adequação constitucional da Lei

¹²⁴ Tratou-se de ação de arguição de descumprimento de preceito constitucional proposta pelo Conselho Federal da OAB, impugnando a constitucionalidade da extensão da anistia aos crimes praticados por agentes públicos durante o regime militar. Para um exame mais detalhado ver: Assis Moura, Maria Thereza Rocha de; Zilli, Marcos; Monteconrado, Fabíola Girão: "A justiça de transição no Brasil. Um caminho a percorrer", em Ambos, Kai; Zilli. Marcos, Assis Moura, Maria Thereza Rocha de; Monteconrado, Fabíola Girão: *Anistia, justiça e impunidade. Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 174-179.

de Anistia. A bem da verdade, as questões relacionadas com o desaparecimento forçado de pessoas foram alvo de debate específico quando do julgamento de dois pedidos de extradição formulados pela República da Argentina.

Com efeito, quando do julgamento da extradição 974,¹²⁵ o STF, além de reconhecer a dimensão permanente daquelas condutas e de sua adequação penal típica para com o crime sequestro, afastou a fluência de qualquer prazo prescricional, assim como também afastou a presunção legal da morte, a despeito do longo prazo decorrido desde o início dos supostos sequestros.¹²⁶ Tais premissas lógicas foram mantidas quando do julgamento da extradição 1150¹²⁷ proferido após o julgamento da ADPF 153.

Foi, portanto, em meio a este contexto gerado pela condenação do Brasil no âmbito da Corte IDH que o Ministério Público Federal (MPF) estruturou um grupo de trabalho voltado à adoção de medidas judiciais persecutórias que viabilizassem o cumprimento da obrigação estabelecida por aquela sentença.¹²⁸ É certo que mesmo antes daquela decisão, e também do julgamento da ADPF 153, algumas medidas persecutórias já tinham sido

¹²⁵ Julgada em 06 de agosto de 2009 e, portanto, antes do julgamento da ADPF 153. O pedido envolveu a extradição de Manoel Cordeiro Piacentini, sobre quem pairava ordem de prisão por força de seu envolvimento em atos cometidos no contexto da repressão aos opositores do governo militar. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492> (30.8.2012).

¹²⁶ Nesse sentido, oportuna é a transcrição de trecho do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso quando do julgamento da Ext. 974-0: “Como, aliás, se vê e deflui nítido do teor literal do art. 7º do Código Civil em vigor, para que exsurja considerável presunção legal de morte não basta o mero juízo de extrema probabilidade da morte de quem estava em perigo de vida (inc. I), havendo mister a existência de sentença que, depois de esgotadas as buscas e averiguações, produzidas em procedimento de jurisdição judicial, fixe a data provável do falecimento (par. único). [...] Em relação à prescrição, o problema que aventurei, que cuido ter examinado à luz dos artigos 6º e 7º do Código Civil, é que, para que seja admitida a presunção, seja tanto para efeitos civis, como para efeitos penais, a presunção de morte tem de ser objeto de uma sentença que, entre outras coisas, deve fixar a data do provável falecimento, porque sem tal sentença permanece sempre a dúvida. E, neste caso, nós nos remetemos, já não para a hipótese de morte presumida, mas para o instituto da ausência, que tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma”.

¹²⁷ Julgada em 19 de maio de 2011. Nesse sentido, merece destaque o voto proferido pela Ministra Carmen Lucia: “Todavia, cumpre salientar que não ocorreu a prescrição da pena referente ao crime de ‘desaparecimento forçado de pessoas’ ou de ‘sequestro qualificado’, sob a análise da legislação de ambos os Estados.” <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223> (30.08.2012). É interessante notar que mesmo tendo o julgamento sido proferido alguns meses após o julgamento do caso *Lund*, não se valeu o STF de qualquer referência ao julgamento proferido pela Corte IDH.

¹²⁸ O Grupo de Trabalho foi criado pela Portaria n. 21 de 25 de novembro de 2011, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (<http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/composicao/Portaria%2021.pdf>). Cabe se destacar que as atividades do grupo não estão restritas à persecução dos crimes cometidos no contexto da Guerrilha do Araguaia, mas também à persecução de outros crimes executados durante o regime militar em atenção, dessa forma, à determinação da própria Corte IDH, que ordenou a investigação de “outros casos de grave violação de direitos humanos”.

provocadas, mas seu resultado não fora totalmente frutífero.¹²⁹ É evidente que os limites impostos ao presente trabalho não permitem uma análise de todas as ações penais propostas, razão pela qual o exame ficará concentrado no estudo das providências judiciais tomadas após o julgamento do caso *Lund*.

De qualquer modo, é importante destacar que as medidas até o momento adotadas ainda se encontram nos estágios iniciais da persecução penal. As poucas decisões proferidas, por sua vez, estão circunscritas ao juízo de admissibilidade das acusações, não havendo registros de que decisões de mérito tenham sido prolatadas. Mas, ainda que o material produzido pela casuística seja restrito, a análise dos casos permitirá um exame sobre o grau de permeabilidade do Judiciário brasileiro às questões que vêm sendo enfrentadas pelo sistema interamericano de direitos humanos. O quadro, ressalte-se, é um retrato momentâneo e, portanto, sujeito a alterações à medida que as ações penais e as decisões venham a se multiplicar. De qualquer modo, serve de base para um exame pontual acerca do grau de efetividade interna produzida pela decisão da Corte IDH.

5.1. As medidas persecutórias adotadas e a reação do Poder Judiciário

Em razão das limitações impostas ao trabalho não será possível empreender-se um exame minucioso que esgote todas as medidas até o momento adotadas pelos órgãos de persecução, razão pela qual foram destacados apenas alguns casos sobre os quais será possível extrair-se o ponto central que toca a discussão jurídica.

Na tentativa de ver afirmada a responsabilidade penal de Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina pelo desaparecimento de Aluizo Palhano Pedreira Ferreira,¹³⁰

¹²⁹ Um caso emblemático, em razão das diversas questões jurídicas suscitadas, é aquele que envolveu Vladimir Herzog, jornalista, que, no dia 25 de outubro de 1975, foi encontrado morto nas dependências do DOI-CODI em São Paulo. A versão oficial de suicídio jamais convenceu. Em 1992, o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitou a abertura de inquérito policial na tentativa de esclarecer as circunstâncias que cercaram a morte de Herzog. Por força de habeas corpus impetrado perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (HC 131.798/3-4), foi determinado o trancamento do inquérito sob fundamento de que os fatos investigados estariam abrangidos pela Lei de Anistia. O recurso especial interposto perante o STJ não foi conhecido e o arquivamento tornou-se definitivo. Mesmo assim, em 05 de março de 2008, o MPF tentou instaurar novo inquérito sobre aqueles fatos perante a Justiça Federal. A tentativa não foi bem sucedida, pois a autoridade judiciária competente entendeu que a decisão de arquivamento proferida pela Justiça Estadual era definitiva, uma vez que se equiparou à decisão de extinção da punibilidade, consagrando-se, assim, o princípio do *ne bis in idem*.

¹³⁰ Integrante do movimento Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), as informações obtidas pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) dão conta de que Aluizo teria sido detido, ilegalmente, no

foi ajuizada ação penal perante a 10^a Vara Criminal Federal de São Paulo, na qual se atribuiu aos denunciados a prática do crime de sequestro qualificado em razão de maus tratos (art. 148, parágrafo segundo do CP).¹³¹ A denúncia sequer foi recebida, não tendo passado pelo controle de admissibilidade liminar.¹³² A decisão de rejeição levanta vários pontos para reflexão. No que se refere ao confronto entre a decisão da Corte IDH e o julgamento do STF – objeto específico deste trabalho –, a decisão afirmou a prevalência do último, colocando, dessa forma, a constitucionalidade da Lei de Anistia fora do campo de qualquer discussão já que a decisão do STF, além de vinculante, teria efeito *erga omnes*. Dessa forma, destacou que caberia exclusivamente ao STF a competência para rever a sua própria decisão e que guardaria, portanto, eficácia plena.¹³³ Quanto ao efeito vinculante emergente da decisão da CIDH, a decisão de rejeição, embora não tenha sido muito clara, deixou transparecer que a Lei de Anistia não poderia sofrer desconstituição ou inibição em seus efeitos, já que a CADH seria instrumento normativo posterior a ela. No mais, todos os demais fundamentos da decisão caminharam no sentido de desqualificar a possibilidade de sobrevivência da vítima, afastando, dessa forma, a viabilidade da tese acusatória que propugnava pelo prolongamento temporal do sequestro.

Outra medida que merece ser destacada é a ação penal ajuizada contra Sebastião Curió perante a 2^a Vara Federal de Marabá, em que se lhe imputa a responsabilidade penal pelo crime de sequestro qualificado por maus tratos de Maria Célia Correa, Hélio

dia 09 de maio de 1971 e submetido a sessões de torturas nas dependências do DOI-CODI na cidade de São Paulo. As notícias de sua morte foram relatadas por outro preso político no ano de 1978 e jamais oficialmente confirmadas pelos órgãos de segurança. (BRASIL. *Direito...*, op. cit., p. 159-160). Outras informações também podem ser obtidas em: <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pessoa.php?id=49&m=3> (30.08.2012).

¹³¹ Art. 148. "Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado. Par. segundo: se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (anos) anos".

¹³² Esclareça-se que a legislação processual penal brasileira foi sensivelmente alterada em 2008 por força da publicação de três leis. Dentre as várias alterações introduzidas se encontra a possibilidade de rejeição liminar da ação penal (denúncia ou queixa). Embora a rejeição já fosse prevista na legislação de 1941, a nova redação dada ao art. 395 do CPP procurou alinhar a questão com os parâmetros mais modernos da ciência processual. Dessa forma, são três os fundamentos da rejeição da ação penal: a) por inépcia da denúncia ou da queixa (inciso I); b) pela ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal (inciso II) e c) pela falta de justa causa para o exercício da ação penal (inciso III).

¹³³ Veja-se, a propósito, o seguinte trecho: "Constata-se, destarte, a total incompatibilidade entre o decidido pelo Supremo Tribunal Federal e o decidido pela Corte Interamericana e, seja qual for o caminho escolhido, haverá o desrespeito ao julgado de uma delas. Entendo, assim, que somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para rever a sua decisão, devendo a questão ser novamente submetida à sua apreciação. Enquanto isto não ocorrer, não há como negar aplicação ao julgado de nossa Corte Constitucional."

Luiz Navarro de Magalhães, Daniel Ribeiro Callado, Antonio de Pádua e Telma Regina Cordeira Correa, todos integrantes da Guerrilha do Araguaia e cujos desaparecimentos teriam ocorrido em diferentes datas, porém no contexto da repressão àquele movimento executada pelo governo federal.¹³⁴ A denúncia foi inicialmente rejeitada, reconhecendo o juiz a ausência de suficiente justa causa que permitisse conferir qualquer perspectiva de continuidade dos supostos sequestros após longo lapso de tempo. Contra a decisão, o MPF interpôs recurso em sentido estrito. Quando do juízo de retratação, a nova autoridade judiciária reexaminou a rejeição liminar e modificou a decisão anterior, recebendo, por consequência, a ação penal. A decisão de recebimento considerou viável a imputação do crime de sequestro qualificado, bem como a sua dimensão permanente, o que seria suficiente para afastá-la do campo de abrangência da Lei de Anistia. De qualquer modo, a decisão foi expressa ao afirmar que a anistia continuaria sendo válida diante da prevalência que deveria ser dada ao julgamento do STF proferido pela ADPF 153.

A mesma fundamentação decisória também é encontrada na ação penal distribuída à 2ª Vara Criminal Federal de Marabá contra Lício Augusto Maciel, em que se lhe imputa o mesmo tipo penal, qual seja: o de sequestro qualificado, figurando como vítima Divino Ferreira de Souza, o qual, de acordo com as informações obtidas pela CEMDP, teria sido capturado em uma das operações militares conduzidas durante a repressão à Guerrilha do Araguaia.¹³⁵ O seu nome foi incluído, na relação publicada pela Lei 9.140/95, dentre as pessoas oficialmente reconhecidas pelo Estado brasileiro como desaparecidas e mortas.

É certo que o processamento da ação penal instaurada contra Sebastião Curió foi suspenso por força de liminar concedida pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região nos autos do HC 0068063.92.2012.4.01.0000¹³⁶ justamente por se antever a força vinculante da decisão proferida pelo STF sobre o julgamento proferido pela

¹³⁴ Para um exame sobre a "Guerrilha do Araguaia", ver: GORENDER, Jacob: *Combate nas trevas*, 6 ed., São Paulo: Ática, 2003; PORTELA, Fernando: *Guerra das guerrilhas no Brasil*, São Paulo: Global, 1979 e STUDART, Hugo: *A lei da selva. Estratégia, imaginário e discurso dos militares sobre a Guerrilha do Araguaia*, São Paulo: Geração Editorial, 2006. Outras considerações e, sobretudo, uma relação dos desaparecidos com o resultado dos processos julgados pela CEMDP podem ser obtidas em: Brasil. *Direito...*, op. cit., p. 195-270. Para um exame mais sintético, ver: Assis Moura, Maria Thereza Rocha de; Zilli, Marcos; Monteconrado, Fabíola Girão: *A justiça...*, op. cit., p. 154-158.

¹³⁵ Brasil: *Direito...*, op. cit., p. 220-221.

¹³⁶ Nesse sentido: <<http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php?proc=680639220124010000>> (7.1.2013).

Corte IDH no caso *Lund* e os riscos que a continuidade do processamento da ação penal poderiam trazer à liberdade jurídica do acusado.¹³⁷

5.2. Exame crítico

Como já observado, o volume de medidas persecutórias adotadas, sobretudo após o julgamento do caso *Lund*, é bastante reduzido. Ainda que sejam prematuras quaisquer conclusões mais categóricas, é possível perceber que a estratégia inicial dos órgãos públicos de persecução, ao menos por ora, está focada na acusação dos agentes responsáveis pelos crimes de natureza permanente – sequestro –, buscando, assim, consagrar, internamente, o raciocínio que há muito é desenvolvido pela Corte IDH.

De um lado, fica clara a intenção de evitar discussões mais polêmicas que envolvem os crimes instantâneos executados há muitos anos, como é o caso do homicídio e da tortura, entre outros. É que nestes casos a ausência do prolongamento temporal das condutas criminosas torna indispensável o recurso lógico a todo o raciocínio fundante do próprio Direito Penal Internacional, ou seja, à subsunção dos fatos à categoria jurídica dos crimes contra a humanidade e, por via de consequência, à configuração de um regime punitivo próprio, do qual a imprescritibilidade é apenas uma de suas facetas. Este cuidado inicial se explica em face do insucesso das ações penais anteriormente ajuizadas e que demonstraram a aversão da jurisprudência nacional à possibilidade de o costume internacional figurar como fonte do Direito Penal.

Mas é fato que este repúdio ao costume internacional também foi consignado nos dois casos em que foram proferidas decisões de admissibilidade das ações penais ajuizadas após o julgamento do caso *Lund*. Mais do que isto: as decisões também afastaram a possibilidade de rediscussão, pelos órgãos inferiores de jurisdição, da validade da Lei de Anistia. Ou seja, mesmo tendo sido esta declarada sem efeitos jurídicos pela Corte IDH, as decisões até o momento prolatadas deram efetividade ao julgamento proferido pelo STF, apontando este como o único órgão jurisdicional, dentro do sistema brasileiro, competente para rever a própria decisão que validou a anistia.

Este cenário revela uma prevalência do controle de constitucionalidade sobre o chamado controle de convencionalidade. A bem da verdade, este último sequer chegou a ser

¹³⁷ <<http://www.jfjus.br/cjf/outras-noticias/2012-1/dezembro/tribunal-suspende-andamento-de-acao-penal-contra-coronel-curio-por-crimes-cometidos-durante-a-ditadura>> (7.1.2013).

referido nas decisões nacionais examinadas. Não há, portanto, qualquer alusão à obrigatoriedade de cumprimento da decisão do Corte IDH nas decisões proferidas. Muito pelo contrário: a preocupação se volta em respeitar o julgamento emanado da mais alta corte nacional.

É fato que o universo analisado para os fins deste trabalho é bastante reduzido. De qualquer modo, as decisões não surpreendem, já que traduzem o difícil diálogo que se estabelece entre o sistema nacional e o internacional.¹³⁸ Como anotado anteriormente, consolidou-se nos últimos anos uma jurisprudência que insere a CADH dentro de uma dimensão de supralegalidade no campo normativo nacional. Muito embora este posicionamento represente uma substancial mudança, se comparado com aquele até então em vigor e que equiparava a CADH à lei ordinária, ainda situa esta em uma posição de subordinação frente à ordem constitucional. Por essa perspectiva de ideias, não soam estranhas as decisões nacionais que reafirmem a validade da Lei de Anistia.

A se manter esse quadro, é provável que qualquer medida persecutória que contrarie a ordem constitucional ou mesmo a decisão do STF esteja fadada ao insucesso, mesmo que amparada na obrigatoriedade emergente da submissão do Estado brasileiro ao sistema interamericano de direitos humanos..¹³⁹ É esta a lógica do roteiro que se desenha no presente momento. A dimensão da supralegalidade conferida à CADH e a afirmação da constitucionalidade da anistia feita pelo STF, representam, ainda que não sejam os úni-

¹³⁸ Zilli, Marcos: "A caverna e as sombras", *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 201, p. 4-5, ago., 2009.

¹³⁹ A questão é bem colocada por Juliana Corbacho Neves dos Santos: "À vista do entendimento da supralegalidade da Convenção no ordenamento pátrio, é possível vislumbrar algumas situações de potencial conflito no cumprimento das decisões emanadas da Corte Interamericana. Caso a decisão internacional signifique afronta a uma norma integrante da legislação infraconstitucional, ordinária ou complementar, parece que o entendimento do Supremo seguiria no sentido do afastamento da legislação interna, em prestígio à sentença internacional. Os conflitos mais eloquentes poderiam ocorrer se a decisão da Corte Interamericana, em algum dos seus pontos resolutivos, desafiasse normas de índole constitucional. No tema da responsabilidade estatal e de agentes públicos, por exemplo, poderia a sentença internacional contrariar a coisa julgada, determinando a responsabilização internacional do Estado brasileiro por danos que, perante a jurisdição interna, não foram atribuídos a ente estatal ou seus agentes, razão pela qual a sentença interna afastou a responsabilidade do Estado e de seus agentes. Não é possível afirmar a primazia do Direito Internacional sobre o Direito brasileiro ou vice-versa. As relações entre eles são complexas e isso reforça as dúvidas em torno da solução jurídica que será dada ao conflito material entre os conteúdos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, pois tanto o monismo quanto o dualismo não oferecem resposta satisfatória às questões ora levantadas. Promovendo-se uma análise hierárquica do problema, à luz do mais recente entendimento do STF sobre a estrutura interna dos tratados a respeito dos direitos humanos, poder-se-ia afirmar que deveria prevalecer a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em conflito com a legislação infraconstitucional brasileira, porém nunca em face da Constituição Federal de 1988..." (A execução..., op. cit., p. 284).

cos, os maiores obstáculos ao cumprimento do dever imposto ao Brasil, de investigação e de punição dos crimes não permanentes e executados no período abrangido pela Lei de Anistia.

6. Conclusão

O trabalho teve por objetivo principal investigar o grau de cumprimento por parte do estado brasileiro das decisões emanadas dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos. Para alcançar este fim foi necessário analisar, primeiramente, o *status legislativo* que o sistema brasileiro confere aos tratados internacionais de direitos humanos. Afinal, a posição que estes assumem é reveladora da importância que as decisões emanadas por aqueles órgãos adquirem no sistema nacional.

Nesse sentido, a despeito da clareza do texto constitucional, o qual insere no chamado “bloco de constitucionalidade” os direitos declarados em tratados internacionais a que o Brasil se vinculou, o STF, após intensos debates, conferiu à CADH uma dimensão de suprallegalidade, posicionando-a, portanto, em uma zona de submissão à ordem constitucional e de superioridade à lei ordinária.

É certo que tal entendimento assinala uma mudança significativa de orientação, uma vez que supera o entendimento vigente desde 1977 e que equiparava os tratados internacionais, mesmo aqueles expressivos de direitos humanos, à lei ordinária. A manutenção desta posição, por si mesma, já evidencia a impossibilidade de cumprimento de qualquer decisão que venha a contrariar a ordem constitucional brasileira. Serve, portanto, como importante fonte de compreensão para as dificuldades que vem se apresentando no cumprimento das condenações que tocam diretamente o afastamento de disposições constitucionais, tais como a imprescritibilidade ou mesmo o *ne bis in idem*.

Some-se a este posicionamento refratário à normativa internacional a ausência de regulamentação específica para a execução das decisões proferidas pela Corte IDH. A lacuna conduziria à adoção dos procedimentos de integração analógica e, portanto, à aplicabilidade dos mecanismos existentes para a execução das sentenças nacionais proferidas contra o Estado. Ocorre que a lentidão destes procedimentos já seria suficiente para somar novos problemas àqueles que ensejaram as condenações do Estado brasileiro, vale dizer: a inércia e/ou a demora na tutela dos direitos humanos.

Nesse passo, as iniciativas legislativas dirigidas à superação do vácuo regulatório também se mostram tímidas. Depois do arquivamento do PL 3214/2000, foi apresentado o PL 4.667/2004, o qual se encontra em tramitação junto ao Congresso Nacional. De qualquer modo, a proposta se restringe em regulamentar as obrigações de caráter indenizatório, deixando de lado, assim, as obrigações de outro caráter. Ademais, não fixa prazos para os pagamentos, não define quais órgãos da Administração Pública seriam os responsáveis pela execução e, por fim, não detalha os procedimentos a serem adotados.

Já o exame da casuística, embora exaustivo, propiciou uma imagem bastante precisa quanto às dificuldades de se dar efetividade às obrigações estabelecidas no contexto do sistema interamericano de direitos humanos.

Com efeito, relativamente às recomendações estabelecidas pela Com IDH, sobressaiu a excessiva demora na adoção de medidas investigatórias e, também, dos procedimentos judiciais. A bem da verdade, no que se refere ao cumprimento das recomendações, a falta de uma regulamentação interna vem-se mostrando o fator mais delicado, já que em todos os casos examinados se detectou a grande dificuldade no pagamento das indenizações às vítimas, que, para tanto, tiveram que se valer de ações civis indenizatórias promovidas por elas mesmas, por seus representantes ou mesmo pelo Ministério Público.

Ainda relativamente às recomendações da Com IDH, destacou-se o incremento da legislação penal, especialmente em matéria de violência doméstica, com o advento da denominada “Lei Maria da Penha” (Lei n. 11.340/06) e, com menor intensidade, em relação à exploração do trabalho escravo e à discriminação racial. Também foi objeto de várias e reiteradas recomendações o deslocamento da competência da Justiça Militar para a Justiça Comum dos crimes praticados por militares contra civis. Nesta seara, destacou-se a entrada em vigor da Lei n. 9.299/06 e, posteriormente, da EC n. 45/2004.

No que se refere à Corte IDH, duas questões merecem ser destacadas. Com relação ao cumprimento das medidas provisórias, uma vez mais chamou a atenção a dificuldade de se dar cumprimento, em prazo razoável, às medidas urgentes. Prova disto foram as reiteradas resoluções publicadas em cada caso analisado e o tempo decorrido para o levantamento das determinações. As medidas propostas pelo Poder Executivo, em forma de planos, pactos ou programas, foram as mais destacadas como resposta efetiva ao cumprimento. Já com relação às apurações de responsabilidades administrativas ou penais pelas violações, foram escassas, se não nulas.

Nos casos contenciosos, a exceção do pagamento das indenizações, que vem sendo feito diretamente pela União pela via de decretos e, portanto, independentemente da

promoção de execuções judiciais, as demais obrigações impostas encontram as mesmas dificuldades de implementação, destacando dentre estas a instauração de investigações e o ajuizamento de ações penais.

De qualquer modo, dentre os poucos casos contenciosos que envolveram o Brasil, dois chamam a atenção.

O primeiro se refere ao caso *Escher*, em que a Corte IDH impôs, dentre outras obrigações, a reabertura de investigação criminal sobre caso que já tinha sido encerrado sob o manto da coisa julgada absolutória. Mais do que isto: a Corte IDH equiparou o crime de violação de sigilo de interceptação de comunicação telefônica às graves violações de direitos humanos, associando-o, portanto, a um regime punitivo extremamente severo marcado pela imprescritibilidade e pela relativização da coisa julgada. Aqui, no entanto, quando da fiscalização da execução das medidas impostas, a Corte IDH acabou recuando em sua decisão anterior para consolidar entendimento que ela própria já vinha desenvolvendo desde os casos *Albán Conejo vs Ecuador* e *Ibsén Cárdenas e Ibsén Peña vs. Bolívia*.

O segundo caso se refere ao emblemático *Caso Lund*. Aqui, na esteira de sua reiterada jurisprudência, a Corte IDH declarou a ineficácia da Lei de Anistia frente às graves violações de direitos humanos cometidas quando do regime militar. Paralelamente, impôs ao Brasil a obrigação de investigar e punir os agentes públicos responsáveis por aqueles crimes, especialmente aqueles cometidos no contexto da repressão à Guerrilha do Araguaia, vedando o recurso à coisa julgada, à imprescritibilidade, à irretroatividade da lei penal e ao princípio do *ne bis in idem*. A questão, note-se, assumiu contornos mais delicados, já que poucos meses antes de ser proferida a decisão no caso *Lund* o STF, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, reconheceu a compatibilidade constitucional da Lei de Anistia e, dessa forma, a sua plena eficácia jurídica.

Poucas ações penais foram ajuizadas desde então. Ao menos por ora, elas indicam uma mudança na estratégia persecutória. Com efeito: diferentemente das tentativas anteriores de persecução – fundadas em crimes instantâneos –, os crimes que estão sendo objeto das acusações têm natureza permanente – sequestro e ocultação de cadáver. Claramente tenta-se evitar uma discussão direta a respeito da aplicabilidade ou não da Lei de Anistia, da efetividade ou não do julgamento do STF e do dever do Estado brasileiro em dar cumprimento às sentenças proferidas pela Corte IDH. Afinal, a natureza permanente de tais infrações tem servido de fundamento para se sustentar a viabilidade das ações penais, sob argumento de que os crimes ainda estariam sendo executados.

Tenta-se, assim, reforçar o entendimento do próprio STF exposto quando do julgamento de pedidos de extradição formulados pela Argentina em casos semelhantes.

De qualquer modo, as decisões judiciais até o momento proferidas estão limitadas ao juízo de admissibilidade. Não há, portanto, confrontamento do mérito. Mesmo assim, todas guardam um denominador que é comum. Ou seja: mesmo naquelas em que se reconheceu a presença de justa causa para a instauração da ação penal, os juízes afastaram qualquer possibilidade de reexaminarem a decisão do STF que reconheceu a validade da Lei de Anistia. Aliás, realçaram a impossibilidade de configuração do costume como fonte do direito penal. Não houve, dessa forma, qualquer consideração sobre o controle de convencionalidade, ou mesmo sobre a obrigação do Estado brasileiro decorrente do art. 68.1 da CADH.

Como exposto, esta questão ainda é muito recente e as discussões são ainda precoces. De qualquer modo, o retrato momentâneo segue a própria lógica refratária da jurisprudência nacional à superioridade da CADH e, por via de consequência, das decisões proferidas pelos órgãos vinculados ao sistema interamericano de direitos humanos. A própria clareza do texto constitucional não vem dando suporte a uma maior permeabilidade do direito nacional frente ao direito internacional dos direitos humanos. A se manter tal cenário, dificilmente as medidas persecutórias relacionadas com os crimes instantâneos cometidos quando do regime militar passariam pelo crivo inicial de admissibilidade. Para tanto, seria necessário superar os dogmas constitucionais da estrita legalidade penal, da supremacia da coisa julgada e do *ne bis in idem*, valores que, aliás, também são patrimônio da dignidade humana.

Bibliografia

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO: *Brasil: nunca mais*, 34 ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

ASSIS, Jorge Cesar de. Direito Militar: “Homicídio: aspectos penais e processuais em face das recentes alterações na legislação constitucional e infraconstitucional” <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/homicidioaspectos.pdf>> (14.09.2012).

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão: “Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (editores): *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional – Tomo II*, Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2011, p. 393-424.

- “A justiça de transição no Brasil. Um caminho a percorrer”, em AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos, ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de, MONTECONRADO, Fabíola GIRÃO: *Anistia, justiça e impunidade. Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRASIL: SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. COMISSÃO ESPECIAL SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS: “*Direito à verdade e à memória*”, Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes: “*Direito constitucional e teoria da constituição*”, Coimbra: Almedina, 1998.
- COMPARATO, Fabio Konder: “*A afirmação histórica dos direitos humanos*”, São Paulo: Saraiva, 1999.
- CORBACHO, Juliana: “A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos”, em *Prismas. Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 262-307, jan./jun., 2001.
- DINGENS, John: “*Os anos do Condor: uma década de terrorismo internacional no Cone Sul*”, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- FICO, Carlos: “Espionagem, polícia política, censura e propaganda: os pilares básicos da repressão”, em FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Org.): *O Brasil republicano: o tempo da ditadura: regime militar e os movimentos sociais do século XX*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- GORENDER, Jacob: “*Combate nas trevas*”, 6 ed., São Paulo: Ática, 2003.
- LAFER, Celso: “*A internacionalização dos direitos humanos*”. *Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri: Manole, 2005.
- MARTORELL, Francisco: “*Operación Cóndor. El vuelo de la muerte: la coordinación represiva en el Cono Sur*”, Santiago: LOM Ediciones, 1999.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira: “As sentenças proferidas por Tribunais Internacionais devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal?”, *Boletim meridiano 47. Boletim de análise de conjuntura em relações internacionais*, n. 28/29, nov./dez., 2002, <http://seer.bce.unb.br/index.php/MED/article/view/4428/3705> (14.9.2012).
- *Curso de direito internacional público*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PIOVESAN, Flávia: “*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*”, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- PORTELA, Fernando: *Guerra das guerrilhas no Brasil*, São Paulo: Global, 1979.
- REZEK, Francisco: *Direito internacional público. Curso elementar*, 10^a ed., 3^a tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.
- SANT’ANA, Janice Cláudia Freira: “O Brasil e a execução de sentença de corte interamericana de direitos humanos”, em ANNONI, Danielle (Org.): *Os novos conceitos do novo direito internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 253-276.

- SANTOS, Cecília Macdowell: “Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007.
- SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos: “A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos”, *Prismas. Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 262-307, jan./jun., 2001.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo: *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- STUDART, Hugo: *A lei da selva. Estratégia, imaginário e discurso dos militares sobre a Guerrilha do Araguaia*, São Paulo: Geração Editorial, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de direito processual civil. V. II. Processo de execução e cumprimento da sentença. Processo cautelar e tutela de urgência*, 47^a ed, Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- ZILLI, Marcos: “A caverna e as sombras”, *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 201, p. 4-5, ago., 2009.

EL CASO DE CHILE*

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El artículo describe la tensa y compleja relación existente entre el derecho chileno y el derecho internacional, tanto el general como el convencional relativo a los derechos humanos. Explica que, pese a contar Chile con una Constitución de muy dudosa legitimidad jurídica y poquíssima simpatía hacia el derecho internacional, la mayoría de las recomendaciones y las reparaciones ordenadas por la Comisión y la Corte interamericana de Derechos Humanos en casos contra el Estado han sido cumplidas administrativa y legalmente por este último. El autor ilustra las causas políticas y jurídicas de dicho cumplimiento, como también las causas que han impedido reformas legales y revisiones judiciales indispensables para adecuar el derecho nacional al internacional de los derechos del hombre.

Palabras clave: derecho internacional general, tratados internacionales, cosa juzgada, amnistía, discriminación social, autoritarismo.

ABSTRACT. The article describes the strained and complex relationship between Chilean law and international law, both in general and regarding human rights conventions. Although the legitimacy of Chile's constitution is doubtful and its rules are relatively impervious to international law, the Chilean State has in fact complied administratively and legally with most of the recommendations and reparations ordered by the IACtHR and the Inter-American Court of Human Rights. The author explains the political and legal reasons for this compliance, as well as the obstacles to legal reforms and judicial revisions, which are essential in order to harmonize national law with international human rights law.

* El autor agradece las observaciones que le formularon los miembros del Seminario de Derecho Penal que él dirige en Valparaíso, así como a los profesores de la Universidad de Valparaíso señores Ricardo Salas Venegas, por sus sugerencias bibliográficas de derecho constitucional, y Sergio Peña Neira, por sus informaciones internacionalistas.

Keywords: general international law, international treaties, res judicata, amnesty, social discrimination, authoritarianism.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag beschreibt die Spannungen und das komplexe Verhältnis, die zwischen dem chilenischen Recht und dem Völkerrecht bestehen, und zwar sowohl im Hinblick auf das allgemeine Völkerrecht als auch auf völkerrechtliche Verträge über Menschenrechte. Er legt dar, dass Chile mit einer Verfassung ausgestattet ist, deren Legitimität sehr zweifelhaft ist und die sich dem Völkerrecht gegenüber sehr verschlossen zeigt. Trotzdem hat der chilenische Staat die Mehrzahl der von der Interamerikanischen Kommission und dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte in Rechtsstreitigkeiten gegenüber dem Staat ausgesprochenen Empfehlungen und Anordnungen zur Wiedergutmachung sowohl auf Verwaltungs – als auch Gesetzgebungsebene umgesetzt. Der Autor befasst sich mit den politischen und juristischen Gründen für diese Befolgung völkerrechtlicher Gebote. Ferner wird erläutert, warum Gesetzesreformen und Rechtsprechungsänderungen, die für die Anpassung des innerstaatlichen Rechts an das internationale Recht der Menschenrechte unumgänglich sind, bisher unterblieben sind.

Schlagwörter: Allgemeines Völkerrecht, internationale Verträge, Rechtskraft, Amnestie, gesellschaftliche Diskriminierung, Autoritarismus.

1. Advertencia preliminar

El Estado de Chile es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habiendo reconocido la competencia de sus órganos, tanto la Comisión como la Corte, desde el día 21 de agosto de 1990.

Una declaración contenida en la exposición de motivos de la norma que formalizó en el país la ratificación es sumamente reveladora de su historia reciente en materia de crímenes internacionales y las condiciones políticas que han entorpecido la persecución y el castigo de éstos por los tribunales de justicia. El decreto 873, publicado en el *Diario Oficial* de 5 de enero de 1991, expresa que el Gobierno de Chile, al reconocer la competencia de Comisión y Corte, lo hace con respecto a hechos posteriores al depósito del instrumento de ratificación, el 21 de agosto, “o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”. Pues bien, el Gobierno era presidido desde esta última fecha por un ciudadano electo democráticamente, el mismo que rubrica el decreto en palabra. Pero hasta el 10 de marzo imperó por diecisiete años un régimen militar entre cuyos múltiples desmanes figuran varios miles de actos criminosos

cuyo principio de ejecución se remonta lejos en el tiempo, la mayoría a las primeras semanas de instalarse aquél en el poder, el 11 de septiembre de 1973. Quien, leyendo la citada exposición de motivos, experimente algún recelo acerca del cese efectivo del poder castrense en los asuntos civiles durante los primeros días de la llamada “transición chilena”, pues tenga presente que la misma cláusula aparece en la reforma constitucional que permitió al Estado ratificar, diecinueve años más tarde, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.¹

Esta advertencia preliminar, que apunta a la fuente institucional de la compleja relación entre ambos, puede servir de hilo conductor en la comprensión de la actitud que el derecho interno adopta ante el derecho internacional de los derechos humanos y las reglas supraestatales sobre crímenes de guerra y contra la humanidad. De hecho, sin el muro que se quiso y desearía aún levantar con pretensiones jurídico-penales entre una y otra etapas de la vida del país, no cabe explicarse algunas de las condenas que ha recibido el Estado en las sentencias de la Corte y los informes de la Comisión interamericanas, como tampoco los puntos incumplidos de lo que éstas ordenaron o recomendaron. Por otra parte, la fuente institucional brota de una precisa corriente social, de cuyo subterráneo decurso procede la materia prima del resto de los fallos condenatorios. Es más, los propios temas de que versaron estos pronunciamientos, con el revuelo que

¹ El 30 de mayo de 2009, tras once años de premiosa tramitación del proyecto respectivo, se publicó en el *Diario Oficial* la ley 20352, que reforma la Constitución política de 1980, introduciendo en ella una disposición transitoria que permite al Estado ratificar el Estatuto sin que esto suponga una vulneración de la Constitución, aspecto que estuvo en la base de la demora en el proceso de ratificación. Su texto, que transcribimos para comodidad del lector, es el siguiente:

“El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte. = Al efectuar este reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. = La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena. = La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo podrá ejercerse respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma”.

El Estatuto fue poco después aprobado por el Congreso Nacional y promulgado por el presidente de la República mediante el decreto 104, del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuya fecha de publicación es el 1.^º de agosto. Por consiguiente, entró a regir en Chile el 1.^º de septiembre de 2009. Acerca del complejo proceso interno, véase José Luis Guzmán Dalbora, “Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *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: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 171-195.

han producido en el medio nacional, retratan a pedir de boca unos rasgos colectivos y una mentalidad jurídica que definen el tono de la sociedad chilena de antaño y hogaño, según diremos al final de estas cuartillas.

El siguiente acápite se cifra en la fuente institucional, que viene a ser la llamada Constitución política de 1980. Este documento, incluidas sus múltiples reformas, la jurisprudencia que ha merecido y la propia doctrina constitucionalista, ministran un elocuente testimonio de las dificultades que enfrenta el proceso de internacionalización del ordenamiento chileno en las cuestiones de derecho público, así como del conceptualismo jurídico reinante, en que la preocupación por formas intrascendentes procrastina el debate de los asuntos de fondo, esos que hacen a la legitimidad del texto interpretado y la humanidad de la organización social diseñada por él. No todo es esoterismo, por cierto. Que la Carta Magna o Fundamental, expresión de suma reverencia con que juristas y justicia constitucionales aluden al documento de 1980, no contenga declaración alguna de apertura franca del derecho interno al de la comunidad de naciones tampoco ha sido obstáculo para que un sector de la doctrina y otro de la jurisprudencia común le hayan abierto respiraderos que reblandecen por instantes su pétreo aislamiento, vástago del hermetismo de la tesis del doble derecho y el prurito nacionalista. Además, circunstancias políticas propicias, aliadas a la convicción de que los compromisos del país en el derecho internacional particular harían gravísimo, incluso suicida, desentenderse de los fallos de tribunales supraestatales, posibilitaron en general el cumplimiento de las reparaciones y recomendaciones de la Corte y la Comisión interamericanas entre 1990 y 2010, momento en que vuelven al poder fuerzas políticas proclives a o identificadas con la que ellas mismas denominan la *obra* de la Junta de Gobierno.

El fenómeno es interesante por partida doble, ya que el derecho chileno no dispone de reglas procedimentales sobre el cumplimiento judicial de resoluciones dictadas por tribunales internacionales —las relativas al exequáтур atañen a sentencias de tribunales extranjeros—, carece de preceptos que regulen otras formas de colaboración con ellos y, en fin, está ayuno de hipótesis de revisión de los fallos nacionales cuando quiera que éstos representan un ejercicio simulado o malicioso de la jurisdicción. La ejecución, pues, se alcanzó en la mayoría de los casos que examinaremos por vías no judiciales, sino administrativas y, en parte, legales. Con todo, así como muchas de las sentencias impugnadas permanecen formalmente en pie, así también siguen en vigencia leyes y disposiciones legiferantes incompatibles con la Convención Americana, pese a haber sido declarado el antagonismo por la Corte. A las causas de su supervivencia están dedicados los párrafos

medulares del acápite cuarto, a los que sirve de preparación el apartado tercero con sus breves apuntaciones sobre el valor nacional de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos, y las conclusiones de este trabajo.

2. La incorporación del derecho internacional general y particular al ordenamiento chileno

Tarea vana sería buscar en la legislación, tomada esta palabra en el amplio sentido del conjunto del derecho escrito del país, una regla que establezca la forma en que el derecho internacional general se incorpora al derecho interno y su relación jerárquica con él, porque tal regla no existe o, expresado con mayor exactitud, el Estado chileno no se la ha dado por y a sí mismo.

Sin embargo, la doctrina internacionalista, el constitucionalismo actual, amén de una nutrida y antigua jurisprudencia, coinciden en que las normas fundamentales del ordenamiento jurídico supraestatal, con sus principios imperativos o inderogables (*ius cogens*), y las costumbres vigentes en la comunidad de naciones integran el ordenamiento interno aun a falta de ley que remita a ellas y, por ende, son inmediatamente aplicables por la judicatura.² El temperamento de la jurisprudencia se ha mantenido con cierta constancia desde 1932 en toda clase de asuntos, no sólo los criminales,³ y, con poquísimas excepciones, ha reaparecido desde que en 1998 los fallos de la Corte Suprema comenzaron a calificar los crímenes cometidos por el aparato armado y la policía política

² Acerca de la aplicabilidad directa, cf. Crisólogo Bustos Valderrama, "La incorporación de los tratados en el derecho interno chileno. Análisis desde la perspectiva del derecho internacional", en *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2, n.º 2 (monográfico: "Constitución y tratados internacionales"), 1997, pp. (73-80) 73-74; de la doctrina internacionalista trata Cecilia Medina Quiroga, "El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho chileno", en *Constitución, tratados y derechos fundamentales*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, 1994, pp. (1-54) 35-36; una selección de sentencias de la Corte Suprema, en Humberto Nogueira Alcalá, "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2000, pp. (163-259) 204 ss.

³ Bien que principalmente en éstos, sobre todo los procesos de extradición, ya que tanto el Código de Procedimiento Penal, de 1907 (artículo 647) como el Código Procesal Penal, de 2000 (artículo 449), a propósito de las fuentes del instituto, remiten *expressis verbis* a "los principios del derecho internacional" en caso de falta de un tratado internacional de entrega de reos fugitivos. Véase José Luis Guzmán Dalbora, "Cooperación y asistencia judicial en Chile con la Corte Penal Internacional", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. (149-181) 156-157.

de la tiranía como crímenes de guerra y contra la humanidad, respectivamente.⁴ Por lo demás, fue el individuo que lideró la última quien ratificó en 1981 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, motivo por el cual pasaron a regir dos disposiciones (artículos 53 y 64) que definen y recalcan la primacía de las normas imperativas del derecho internacional general, cuya aplicación inmediata se tornó desde ese instante ineludible para todos los órganos del Estado provistos de atribuciones jurisdiccionales, poderes decisorios o facultades de imperio.

Así y todo, la ausencia de un precepto que indique la prioridad del *ius cogens* internacional en caso de antinomia con otro del ordenamiento vernáculo, cualquiera sea el peldaño que éste ocupe en su estructura, ha generado pareceres divergentes en la jurisprudencia, pues hay fallos que proclaman la ventaja de la norma nacional y otros, menos insulares en lo político y más modernos en lo jurídico, que postulan la superioridad del derecho internacional.⁵ La doctrina internacionalista se halla también dividida sobre el particular. Acaso por ello se ha propuesto últimamente introducir en la Constitución un inciso que declare lo evidente, esto es, que los principios y normas del derecho internacional general forman parte sin más del derecho nacional y, en su caso, predominan sobre las disposiciones de éste,⁶ mejor dicho, las encabezan u ocupan el lugar superior

⁴ Nos extendemos sobre el particular en José Luis Guzmán Dalbora, "El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: una cabeza de Jano", en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. (131-158) 133-141. La expresión *tiranía* está tomada en el sentido que le asigna el pensamiento de Locke acerca del derecho de resistencia (el célebre *appeal to Heaven*), el de que el tirano es algo más que un usurpador del poder legítimo y, por ende, sus normas no son las de la ley preexistente, sino las nacidas de su arbitrio. En efecto, "si la usurpación es el ejercicio de un poder al que otra persona tiene derecho, la tiranía es un poder que viola lo que es de derecho; y un poder así nadie puede tenerlo legalmente. Y consiste en hacer uso del poder que se tiene, mas no para el bien de quienes están bajo ese poder, sino para propia ventaja de quien lo ostenta". John Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil. "Salus populi suprema lex esto"*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid: Alianza, 2010, p. 196. No obstante, también un golpe de Estado —la simple usurpación violenta del poder— puede sumir su depravación política en las simas de la tiranía.

De la distinción entre usurpación y tiranía en Locke discurre lúcidamente Guido Fassò, *Storia della Filosofia del Diritto* (3 vols.), t. II ("L'età moderna"), Roma-Bari, Laterza, 2.^a ed., al cuidado de Carla Faralli, 2003, pp. 168-169; para el concepto de tiranía, cf. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, "Franco o el tirano. Ensayo de teoría política aplicada", en *Umbra. Revista Mensual de Arte, Letras y Estudios Sociales*, París, n.^o 29, mayo de 1964, pp. 4-6; n.^o 30, junio de 1964, pp. 16-17, y n.^o 31-32, julio y agosto de 1964, pp. 10-12.

⁵ Medina Quiroga, o. cit., cf. p. 36.

⁶ Así, Humberto Nogueira Alcalá, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en *La Constitución reformada de 2005*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2005, cf. pp. (381-403) 397-398. Por la incorporación automática al derecho chileno y la supremacía del derecho internacional sobre derechos

en su disposición jerárquica, incluidas las de índole constitucional, visto que los dos ordenamientos tienen una común fuente de validez, enclavada en el primero.

Va de suyo que a la tesis monista no podía adherir la Constitución que impera desde 1980. Ésta, una Carta otorgada y de factura profundamente antiliberal y autoritaria, se gestó y aprobó en unas condiciones cuyo cariz antidemocrático nadie pone seriamente en duda. Como, sin embargo, desde el propio 11 de septiembre de 1973 la cuadrilla en el gobierno impulsó la tesis de la continuidad de su voluntad reguladora con el ordenamiento jurídico que ella misma atropelló, elucubración a que prestaron aquiescencia los tribunales superiores de justicia, era de suponer que la doctrina constitucional mayoritaria atribuyese idéntico desarrollo evolutivo del derecho al documento engendrado con pretensiones constituyentes. No sorprende, pues, que el sistema político y judicial, antes y después del retorno de la democracia, lo consideren en perfecto vigor, ni que los constitucionalistas midan armas con sus formas y sistema íntimo, no con el contenido y tanto menos con la grave sospecha de ilegitimidad que lo circunda por todos los costados. Y vista la inspiración ultranacionalista, militarizada, políticamente sectaria y socialmente excluyente que aún trasunta la dudosa Constitución, tampoco es de admirar que ella se abstuviera de abrir el derecho político codificado hacia el derecho internacional general, confiriendo a éste la primacía y reconociendo su carácter de fuente directa de derechos y obligaciones de los habitantes del país.⁷ En verdad, sus disposiciones internacionalistas se limitan al campo de los tratados, una para los que versan de derechos fundamentales y otra relativa al procedimiento de ratificación y a la vigencia de toda suerte de convenios con naciones extranjeras. Como veremos, este documento y sus reformas han conseguido con ellas algo nada sencillo de lograr: ser mezquino en la ruindad.

La primera procede de una de las numerosas modificaciones que el documento ha experimentado durante la inconclusa transición. Se trata de la cláusula añadida en 1989 al artículo 5.º para supeditar el ejercicio de la soberanía a la observancia de los derechos fundamentales reconocidos por el Estado y el derecho supraestatal. El segundo párrafo de la disposición reza así:

humanos se pronuncian Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, *Derecho constitucional* (2 vols.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2.ª ed., 2002, cf. p. 129.

⁷ Normas como las contenidas en las Constituciones alemana, italiana y francesa son notas a los juristas locales, y algunos se duelen de su ausencia en Chile. Cf. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional* (10 vols.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I ("Principios, Estado y Gobierno"), 2.ª ed., 1997, p. 148.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La limitación de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento internacional particular habla por sí sola de la desconfianza que nutre el documento hacia el derecho general sobre la materia,⁸ recelo que se explica sin dificultad no bien recordamos la salvaguarda temporal con que el Estado ratificó la Convención Interamericana y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El designio subyacente era clarísimo, a saber, que de los crímenes perpetrados por el gobierno entre 1973 y 1990 conozcan tan sólo los tribunales chilenos y aplicando un derecho, el nacional de la sazón, que se quería y en buena medida estaba clausurado al derecho internacional penal.

Como sea, la doctrina constitucional se enfrascó en una larga discusión sobre la jerarquía jurídica de los tratados de derechos humanos respecto de las normas del derecho interno, supuesto que entre aquéllos y éstas pudiesen surgir contradicciones, una eventualidad nada improbable si se considera el retraso en el tema de todo el ordenamiento chileno, de la Constitución hacia abajo, como pronto relevarían las sentencias de la Corte Interamericana. El pensamiento conservador sostuvo que estos tratados se hallan equiparados a las leyes como cualquier otro acuerdo internacional; en los antípodas, el celo en la defensa de los derechos humanos, hollados generalizadamente por la tiranía, llevó a algunos a proponer la superioridad de los tratados frente a la Constitución; en fin, posturas intermedias les otorgan, ya la misma jerarquía de la última, con la que formarían una unidad dogmática, ya un nivel inferior a ella, pero más alto que el de las leyes.⁹ Según se puede apreciar, en todas las interpretaciones palpita el entendimiento de que derecho interno y derecho internacional son complejos normativos diferentes, que

⁸ Las causas de la limitación, atribuibles a juristas pertenecientes a una agrupación política que secundó a la dictadura todavía en la fase de su colapso, son reseñadas por otro jurisconsulto, opositor al régimen, que quería ampliar la fuente de los derechos en palabra a los reconocidos por el derecho internacional general, con sus costumbres y principios básicos. Cf. Francisco Cumplido Cereceda, "Los tratados internacionales y el artículo 5.^o de la Constitución", en *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2, n.^o 2 (monográfico: "Constitución y tratados internacionales"), 1997, p. (93-99) 94.

⁹ Un resumen de estas posturas, con la bibliografía respectiva, en Regina Díaz Tolosa, "Pautas de interpretación de los tratados internacionales derivadas del deber de promoción de los derechos humanos impuesto a la justicia chilena por la Constitución política", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. (499-522) 501-503.

responden a fundamentos de validez también diversos, dualismo que trasparece incluso en la opinión de que no existe un problema de jerarquía entre los tratados y las normas nacionales, porque la validez de los primeros depende del derecho internacional, no de éstas, sino otro de aplicabilidad o vigencia local de las reglas supraestatales, en el sentido de que una vez ratificadas por el Estado prevalecen sobre la legislación chilena, como manda la Convención de Viena (artículo 27).¹⁰

El debate adquirió relevancia durante el proceso de ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Aprobado el proyecto gubernamental por la Cámara de Diputados en enero de 2002, un grupo de parlamentarios, en su mayor parte admiradores del régimen de Augusto Pinochet Ugarte, formuló un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, también de predominante composición ultraconservadora, con el objeto de lograr la declaración de completa inconstitucionalidad del Estatuto y, de pasada, imponer una proporción especialmente alta de votos —la requerida por una reforma de la Constitución— para ratificarlo. Y sacó el ascua con la mano del gato. El tribunal, en sentencia de 8 de abril de aquel año, declaró, entre otras cosas, que los tratados internacionales, sin exceptuar los de derechos fundamentales, quedan por debajo de la Constitución, cuyas normas prevalecen sobre cualesquiera otras.¹¹ El fallo es censurable en casi todos los respectos, principalmente por su anquilosada concepción de la soberanía;¹² pero, en el fondo, representó un episodio desde todo punto esperable en la comedia escenificada en torno de la Constitución, y es, al revés, poco coherente que le atribuyamos valor jurídico y, empero, nos neguemos a aceptar uno de los pliegues medulares de la farsa: el concepto en que ella tiene al derecho de gentes. En esto hay que conceder razón al voto mayoritario de los jueces.

Por lo demás, el fingimiento constitucional ha continuado con la reforma de 26 de agosto de 2005. La ley 20050 reemplazó el artículo 54, número 1, que trata del

¹⁰ Posición defendida en múltiples trabajos por Nogueira Alcalá. Cf., entre otros, *Dogmática constitucional*, Talca: Universidad de Talca, 1997, pp. 70-71.

¹¹ Véanse sus considerandos (fundamentos) 59 a 75, en *Jurisprudencia constitucional*, colección publicada por el Tribunal Constitucional de Chile, Santiago de Chile, t. V ("Sentencias pronunciadas entre 1998 y 2002"), 2002, pp. (509-552) 535-540. Penalistas, constitucionalistas e internacionalistas recibieron el fallo con incredulidad y airado desdén; por ejemplo, Humberto Nogueira Alcalá, "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2002, pp. 449-466, y Antonio Bascuñán Rodríguez y Jorge Correa González, "El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 1, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2002, pp. 129-160.

¹² Véase nuestra propia crítica en "Dificultades jurídicas...", cit., pp. 178-181.

procedimiento de ratificación de los tratados en el Congreso Nacional. En lo que aquí interesa, establece que la aprobación de los tratados internacionales que presente el Presidente de la República a las Cámaras, “se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”, y que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho internacional”. Los publicistas han interpretado las nuevas reglas en el sentido de que reafirmarían la subordinación de los tratados a la Constitución, aunque también su superioridad frente a las leyes, precisamente porque no participan de la naturaleza de éstas, con las que solo comparten algunas formas, debiendo prevalecer sobre ellas cuando se refieren a derechos de las personas.¹³ Si bien la innovación parece mostrar más simpatía hacia el derecho internacional, no abordó algunos cruciales asuntos requeridos para la integración con él del derecho interno, pese a que ya existía la enseñanza de la trabajosa tramitación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y a que debieron servir de advertencia las reparaciones ordenadas en el ínterin por la Corte Interamericana. Nos referimos a la delegación de competencias del Estado a organizaciones supranacionales, el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales sobre hechos ocurridos y personas domiciliadas en Chile, la incorporación formal de las resoluciones obligatorias de organizaciones públicas internacionales de que el Estado es parte y, en fin, el cumplimiento y la ejecución de las sentencias de tribunales cosmopolitas.¹⁴ Estas insuficiencias marchan al compás de la morosidad del país en seguir ciertas recomendaciones y realizar determinadas reparaciones formuladas por los órganos del sistema interamericano de derechos fundamentales, como se dirá en su momento.

Esto no es todo. Tampoco se resolvió expresamente el delicado intríngulis de cuándo entra en vigencia en Chile un tratado internacional, si desde su ratificación conforme a la Convención de Viena o con la publicación en el *Diario Oficial* del decreto que lo promulga. Durante el siglo XX se adoptó la costumbre política, influída por el ejemplo francés, de que, tras su aprobación por el Congreso, los tratados debían ser promulgados

¹³ Así, entre otros, Ana María García Barzelatto, “Tratados internacionales según la reforma constitucional de 2005”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 68 (monográfico: “La reforma constitucional de 2005”), Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2006, cf. pp. (72-84) 82-83, y Hugo Llanos Mansilla, “Los tratados y la reforma constitucional”, en Humberto Nogueira Alcalá (coord.): *La Constitución reformada de 2005*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2005, cf. pp. (345-379) 375.

¹⁴ Denuncian estas omisiones Hernán Salinas Burgos, “Los tratados internacionales ante la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 69, cit., Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, t. I, pp. (491-501) 494, y Nogueira Alcalá, “Aspectos fundamentales”, cit., cf. pp. 394-397.

mediante un decreto supremo del presidente de la República, trámite que se consideró necesario para la validez interna del documento. La cuestión fue regulada por el decreto supremo 132, de 21 de junio de 1926, y por el tristemente célebre decreto-ley 247, de 31 de diciembre de 1973. Ambos dispusieron que, una vez efectuado el canje o depósito de los instrumentos de ratificación, el tratado debía ser promulgado mediante un decreto supremo, el que ordenaría que el tratado se cumpla y lleve a efecto como ley de la República, y que tanto el decreto como el tratado serían publicados en el periódico oficial. La jurisprudencia, que asimiló siempre los tratados a las leyes, tampoco vaciló en entender que entran en vigor como ellas, o sea, desde la publicación.

El punto cobró mayúscula importancia tras la rebelión de 1973. El gobierno promulgó en 1976 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, ambos de las Naciones Unidas (1966), pero los hizo publicar recién en abril y mayo de 1989, cuando lo peor de sus fechorías había concluido. El designio de mantener vigentes normas dictadas por el propio gobierno, paladinamente vejatorias de esos convenios, fue secundado por los tribunales de justicia, que “se excusaron de acoger acciones, recursos y reclamaciones sólidamente fundados en la vulneración manifiesta de reglas que, siendo obligatorias para Chile en el campo internacional, se violaban impunemente en la esfera interior”.¹⁵ Hoy, la dolorosa lección de la historia mueve a internacionalistas y constitucionalistas a pensar que los requisitos de promulgación y publicación, exigibles en las leyes, no rigen para los tratados, pues tampoco son leyes y porque las condiciones de su vigencia las fija el derecho internacional. La misma reforma constitucional de 2005 contiene elementos que avalan dicho criterio.¹⁶

¹⁵ Silva Bascuñán, o. cit., t. IV (“La Constitución de 1980. Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia electoral”), 2.^a ed., 1997, p. 118.

¹⁶ Como antes se indicó, la aprobación legislativa del tratado se somete *en lo pertinente*, o sea, en lo que venga a propósito de su naturaleza jurídica, a los trámites de una ley. A ella no pertenece la publicación, que es propia de las leyes. Esto aparte, “deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo [sic]”. Este párrafo del artículo 54, número 1.º, del texto de 1980, según la versión de 2005, permite sostener que la falta de publicación compromete la responsabilidad constitucional del autor de la omisión, o sea, el jefe de Estado y el ministro competente, pero no quita a los justiciables la facultad de ejercer los derechos consagrados en el tratado ni exime a los tribunales de su deber de restablecerlos en caso de ser desconocidos o violados. Véanse Medina Quiroga, o. cit., p. 38; Nogueira Alcalá, “Aspectos fundamentales...”, cit., pp. 384-385 y 389-390; Silva Bascuñán, o. y ed. cits., t. IV, pp. 116 y 123, y Hugo Llanos Mansilla, *Teoría y práctica del derecho internacional público* (3 vols.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I (“Introducción y fuentes”), 3.^a ed., 2005, p. 252.

Como sea, vigente el tratado debe recibir aplicación sin necesidad de leyes u otras disposiciones que la faciliten, salvo que él mismo haya subordinado su cumplimiento a la emisión de normas estatales. Sobre esta cuestión parece estar conteste la doctrina, especialmente en los tratados de derechos fundamentales y, en particular, el Pacto de San José de Costa Rica, al que se considera “autoejecutable” y obligatorio para todas las autoridades públicas, en primer término los tribunales de justicia, que de no reverenciarlo harían incurrir al Estado en responsabilidad internacional.¹⁷ La aplicación directa no se desprende de la Constitución, del mismo modo que ésta tampoco prevé explícitamente la vigencia de los tratados por encima de *todo* el derecho del país, comprendido el constitucional; simplemente, deriva de la Convención de Viena y del plexo del derecho internacional obligatorio para Chile.¹⁸

3. Valor nacional de las decisiones de órganos y tribunales supraestatales

Por *valor* nacional de las decisiones de órganos y tribunales supraestatales entendemos dos cosas relacionadas, pero diferentes entre sí, a saber: primero, su efecto ejecutivo o, lo que viene a ser idéntico, la posibilidad y las condiciones de su ejecución en Chile; segundo, el reconocimiento del mérito de cosa juzgada de tales decisiones, con lo que aludimos a todo aquello que de sus pronunciamientos no puede ser desconocido por las autoridades del país.¹⁹

Pues bien, mientras en materia de sentencias penales extranjeras hay disposición expresa que excluye el cumplimiento —reserva hecha de tratados internacionales que lo habiliten—, pero sí reconoce su valor en pos de evitar el doble juicio de un individuo o que se obligue al Estado a aceptar fallos fraudulentos o dictados en contravención de las

¹⁷ De este parecer, verbigracia, Díaz Tolosa, o. cit., cf. p. 508; Llanos Mansilla, *Teoría y práctica...*, vol. y ed. cits., cf. p. 65; Nogueira Alcalá, *Las Constituciones latinoamericanas...*, cit., cf. pp. 189-190, y Verdugo Marinkovic, Pfeffer Urquiaga y Nogueira Alcalá, op., vol. y ed. cits., cf. p. 125.

¹⁸ Semejante, Bustos Valderrama, o. cit., cf. p. 76, con oportuna glosa del artículo 27 de la Convención de Viena.

¹⁹ La distinción esbozada es análoga a la que se traza en el valor de las sentencias penales extranjeras. Cf. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal* (publicados, 7 vols.), Buenos Aires: Losada, 2.^a ed., t. II (“Filosofía y ley penal”), 1950, p. 884.

garantías del debido proceso,²⁰ no hay reglas que se ocupen de entrumbos particulares a propósito de las decisiones de órganos y tribunales internacionales. En particular, les son inaplicables las disposiciones del exequáтур, que razonan sobre la base de que la sentencia fue dictada por tribunal de un *país* o *nación* extranjeros (artículos 242 a 251 del Código de Procedimiento Civil), y por eso establecen que el reconocimiento interno de su fuerza ejecutiva depende, entre otros requisitos, de que el fallo “no contenga nada contrario a las leyes de la República” (artículo 245, 2.º), limitación inadmisible de cara a la varias veces citada Convención de Viena (artículo 27) y a tribunales instituidos por un tratado.²¹ Tampoco se adecua a la ejecución de esta clase de decisiones el régimen del recurso de revisión, cuandoquiera que su cumplimiento haga necesario dejar sin efecto una o más sentencias pronunciadas por tribunales nacionales. El recurso permite a la Corte Suprema anular sentencias firmes, mas en virtud de supuestos que difieren del hecho de haberse dictado, verbigracia, contraviniendo derechos básicos de los justiciables consagrados por la Convención de 1969, como la imparcialidad del tribunal o su voluntad de juzgar seriamente el caso.²² Esta imperfección del derecho chileno, que muestra a pedir

²⁰ El artículo 13 del Código Procesal Penal dispone lo siguiente: “Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicite expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente. = En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado. = La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes”. Semejantes tratados, bilaterales y multilaterales, existen, aunque en reducido número, de los que mencionarse aquí, por su importancia, la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, de 1993, ratificada el 14 de octubre de 1998 y publicada en el *Diario Oficial* de 2 de febrero de 1999.

²¹ Pasa completamente por alto estas circunstancias, que fluyen de la propia redacción del Código de Procedimiento Civil, Monsálvez Müller, para el cual las sentencias dictadas por tribunales internacionales podrían cumplirse previo exequáтур de la Corte Suprema de Justicia. Cf. Aldo Monsálvez Müller, “Cumplimiento en Chile de sentencias dictadas por tribunales internacionales”, *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2, n.º 2 (monográfico: “Constitución y tratados internacionales”), pp. 215-216.

²² Las causas de revisión que más se aproximan, pero no ajustan enteramente, a algunos de los casos que reseñamos en el apartado sucesivo son que la sentencia civil se haya ganado injustamente “en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término” (artículo 810, número 3.º, del Código de Procedimiento Civil), y que la condena penal “hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación [sic], cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme” (artículo 473, letra *e*, del Código Procesal Penal).

de boca su rezago en las exigencias internacionalistas y un apego decimonónico a la etapa de formación de los Estados americanos, explica que se haya propuesto *de lege ferenda* generar recursos especiales para que los tribunales reparen efectivamente derechos conculcados de los justiciables, e incluso una frase, añadida a la Constitución, que exprese el deber del Estado de dar cumplimiento a las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos a través del proceso de ejecución de las sentencias extranjeras.²³

El defecto no significa que el Estado pueda substraerse de cumplirlas y reconocerlas. Implica la ausencia de mecanismos adecuados para su ejecución *judicial*, nada más. Chile está obligado a honrar los tratados que ha suscrito, no puede argüir su propio derecho para eximirse de acatarlos (artículos 26 y 27 de la Convención de Viena) y, por ende, rigen imperativamente y sin circunloquios para él los artículos 41, letra *b*, 51, número 2, y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La vinculación de cumplir las recomendaciones de la Comisión y los fallos de la Corte es indesmentible.²⁴ Otro tanto piensa la doctrina constitucional y, lo que es mucho más importante, revela la praxis de los gobiernos que se sucedieron entre 1990 y 2010. En otras palabras, el Estado reconoce las obligaciones del derecho internacional, asumiéndolas en los términos que determinan los tratados que entran en consideración. Si estos prevén la ejecución obligatoria de lo decidido por un tribunal u órgano internacional, obligatorio es también para Chile cumplirlo.²⁵ Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana carecen de tal carácter, que sí corresponde a las reparaciones ordenadas por ella y a las recomendaciones de la Comisión, como acabamos de manifestar.²⁶

²³ Así, Nogueira Alcalá, *Dogmática constitucional*, cit., cf. p. 88, y "Aspectos fundamentales...", cit., cf. p. 402. A la fecha se puede emplear *y*, de hecho, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha utilizado las disposiciones del juicio de Hacienda (artículos 748 a 752 del Código de Procedimiento Civil) para el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales del Estado, que son las únicas a que se aplican esas disposiciones, relativas a juicios en que tiene interés el *fisco*. El artículo 752 del Código citado, que dice que toda sentencia que condene al fisco a cualquiera prestación debe cumplirse dentro de los sesenta días siguientes a la recepción del oficio que comunica el fallo, mediante un decreto expedido por el ministerio correspondiente, puede evitar temidas demoras en el restablecimiento del derecho afectado, ya que el procedimiento es administrativo, no judicial.

²⁴ Entendemos que las recomendaciones de la Comisión Interamericana tienen carácter obligatorio para el Estado afectado. La recomendación no posee en la Convención el sentido de un ruego o una petición, sino el de dar una orden para que el ordenado tome a su cuidado lo que se le encargó. De otra manera no se entiende que la Comisión, junto a formular la recomendación, deba fijar un plazo para que el Estado tome las medidas con que remediar la situación (artículo 51, número 2).

²⁵ Conforme en lo substancial, Nogueira Alcalá, *Dogmática constitucional*, cit., cf. pp. 87-88.

²⁶ Conocemos solo una opinión consultiva solicitada a la Corte por el Estado de Chile, la número 15/97, de 14 de noviembre de 1997, en que se preguntó si la Comisión está facultada para modificar un informe ya emitido y notificado, y cuál de ellos, el original o el que lo modifica, debe ser considerado como válido por el Estado. Chile acató la

Asimismo, el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados impone al Estado la obligación negativa de no desconocer lo resuelto por la jurisprudencia de los tribunales internacionales cuya jurisdicción él aceptó, así como el deber positivo de aplicar el derecho interno en armonía con aquella, lo que vale especialmente para la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La doctrina del seguimiento de esta es visible en numerosos fallos de los tribunales superiores (cortes de apelaciones y Corte Suprema), tendencia acentuada desde el caso *Almonacid Arellano*, a que nos referimos más adelante.²⁷

El problema radica en la naturaleza de la responsabilidad por el incumplimiento de cualquiera de las dos facetas del valor interno de las decisiones de los órganos supranacionales. Fuera de duda está la responsabilidad internacional del Estado por acciones u omisiones de cualquiera de sus poderes, incluyendo el Judicial.²⁸ Y fuera de duda debiera quedar también la responsabilidad según el derecho nacional del órgano agente u omitente. Pero se echa de menos la forma de hacerla efectiva. El ayuno de normas constitucionales que definan el vínculo del ordenamiento interno con el supraestatal se proyecta en todos los matices del tema y el entero panorama del derecho del país. Así, para el desacato de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas por altos dignatarios del Poder Ejecutivo o por los jueces de los tribunales superiores de justicia, no existe otro medio aparte de la acusación constitucional fundada en haber los primeros realizado actos que infrinjan la Constitución o las leyes, o haberlas dejado sin ejecución, o en haber los segundos incurrido en notable abandono de sus deberes, acusación que formula la Cámara de Diputados y resuelve el Senado (artículos 51, número 2, y 53, número 1, del texto de 1980). El procedimiento, que culmina en la destitución del funcionario responsable, puede resultar extremoso en algunos casos de esta índole. En fin, no hay posibilidad de hacer responder personalmente a los parlamentarios por la resistencia u abstención de adecuar la legislación a los fallos de los tribunales internacionales. Su castigo debiera producirse en las urnas. Pero tampoco esto ha ocurrido, ni

decisión de la Corte de proseguir con el asunto, pese a su desistimiento como peticionario, y aceptó la opinión final, de que la Comisión no está autorizada para modificar las opiniones, conclusiones o recomendaciones transmitidas a un Estado, salvo en casos excepcionales promovidos por las partes interesadas.

²⁷ Cf. Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (2 vols.), Santiago de Chile: Librotecnia, t. I, 2008, pp. 67-73.

²⁸ Coincidente, Hugo Llanos Mansilla, "Cumplimiento por Chile de la sentencia del caso Almonacid de la Corte Interamericana de derechos humanos", en *Revista de Derecho Público*, n.º 69 (monográfico: "Reformas constitucionales de 2005. Un año después"), 2 vols., 2007, t. I, pp. (199-275) 250-254.

siquiera tras el oprobioso lance que impidió la ratificación oportuna del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

4. Las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos y sus efectos en la Administración, la legislación y la judicatura: panorama, obstáculos jurídicos y problemas políticos de su cumplimiento

Comparativamente hablando, el Estado ha sido objeto de pocas denuncias acogidas por la Comisión y, en consecuencia, figura como parte en un número todavía menor de casos ventilados por la Corte Interamericana. Además, no todos —y, en nuestro sentir, ninguno de los más interesantes— versan sobre cuestiones de relieve penal o procesal penal. Sin embargo, en su mayoría han producido o debieron traducirse en actuaciones concretas de la Administración, comprendiendo las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo y de algunas reparticiones públicas, en reformas constitucionales o legales, en la marcha de procesos en curso o la revisión de sentencias firmes de los tribunales.

El grado de cumplimiento de lo recomendado u ordenado reparar es máximo tratándose de actos administrativos, apreciable en los cambios de la legislación, menor en las modificaciones reglamentarias y ocasional en los casos judiciales, cuyas consecuencias violadoras de derechos fundamentales se ha procurado remediar también a través de resortes no contenciosos. Las inadecuaciones aún pendientes de corrección en las leyes se deben, en lo medular, a motivos políticos; expresado en términos más precisos, a la renuencia que muestran algunos sectores de la sociedad en orden a asumir seria y lealmente los compromisos del país en materia de derechos fundamentales y, en parte, a dificultades técnico-jurídicas del desafío planteado por los órganos del sistema interamericano. Los cambios reglamentarios que siguen sin ocurrir hincan su raíz en intereses corporativos que resisten tenazmente mudanzas decididas desde fuera de la institución, por más que sean indispensables para reobrar sobre la estructura discriminatoria que ella trasunta. En fin, la incidencia excepcional de las decisiones en los procesos y sentencias judiciales puede ser atribuida a la falta de medios legales con que revisarlos, según consignamos en el apartado precedente, aunque también a la parva inclinación del Poder Judicial a reconocer sus errores, demérito que redunda en la inexistencia de mecanismos de cumplimiento nativos de la jurisdicción económica de los tribunales de justicia, esto es, la atribución, radicada principalmente en las cortes de apelaciones y la Corte

Suprema, de decretar medidas que posibiliten una mejor y más pronta administración de justicia.²⁹

Estas consideraciones recomiendan reseñar los casos más significativos uno por uno, dando cuenta en cada cual, ora de su repercusión en el derecho y las prácticas públicas del país, ora de las causas de haber quedado infructuosa la decisión supraestatal. Aquellos casos y estas causas ministran fragmentos expresivos de aristas ingratas de la sociedad chilena, confrontada con las exigencias intemporales de la idea de humanidad y su expresión positiva en el Estatuto y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos del hombre. Confiamos en que de la recapitulación del panorama de decisiones, obstáculos y dificultades que ofrecemos al concluir este estudio pueda brotar el espectro global de que provienen esos fragmentos, cuatro tomados de los informes de la Comisión y dos de las sentencias de la Corte. En ese mismo orden se los presenta ahora.

En su informe 90/95, de 24 de octubre de 2005,³⁰ la Comisión concluyó que la periodista Marcela Alejandra Matus Acuña fue menoscabada en su libertad de expresión y derecho de propiedad por haber la judicatura censurado un libro publicado en 1999 que reveló facetas y personajes oscuros de ésta, ordenado la incautación de la obra y forzado a la autora a expatriarse para evitar la prisión preventiva en el marco del proceso que se había instruido en su contra como reo de delito contra la seguridad del Estado. La recomendación de repararla en las garantías holladas la dio por cumplida totalmente la Comisión en el *Informe anual* de 2009, tras la indemnización que pagó el Estado a la víctima. Sin embargo, ya en el informe particular de 2005 la Comisión había elogiado un efecto inmediato que el caso tuvo en la legislación nacional. La ley 19 733, de 4 de junio de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que reemplazó a la vetusta ley 16 643, de “abusos de publicidad” —la sola designación es índice de un cambio de apreciaciones sobre la garantía constitucional, que llama ante todo a ejercerla y sólo secundariamente a responder por eventuales excesos de quien se expresa o informa—, descriminalizó el delito por el que se perseguía a la profesional, la

²⁹ En otros asuntos suele ejercerse mediante autos acordados, circulares e instrucciones. Hay autos acordados de la Corte Suprema que regulan procedimientos enteros, como los del recurso de amparo y de la acción de protección de garantías constitucionales, ¡nada menos! Que no existan medios semejantes para asegurar las garantías reconocidas en el Pacto de San José de Costa Rica causa cierta extrañeza.

³⁰ Este y otros informes de la Comisión son citados aquí según la página web del organismo, <<http://www.cidh.oas.org>>.

difamación o injuria de un miembro de los tribunales superiores de justicia, y derogó las disposiciones que permitieron el decomiso cautelar de su obra, ambos contenidos hasta ese trance en la draconiana ley 12 927, sobre seguridad del Estado. La causa fue cerrada definitivamente y se revocaron las medidas de decomiso y prohibición de circulación del volumen.

Parecida suerte tocó a los afectados del caso *Mario Alberto Jara Oñate y otros contra Chile*. Los hechos se retrotraen a abril de 1998, cuando un grupo de esposas de carabineros protestaron públicamente en Santiago por los bajos sueldos de sus maridos, todos ellos de grados subalternos en la institución, que es la policía preventiva del país. La protesta causó indignación dentro de un cuerpo militarizado donde se considera falta inaceptable a la disciplina reclamar por las condiciones del trabajo o la paga. Pocas semanas después, los funcionarios fueron separados de sus cargos luego de un veloz sumario administrativo cuyos resultados se tomaron como base para proponer destituirlos en el proceso de calificación. La imputación aberrante, denunciada a la Comisión en 1999, concluyó con un acuerdo de reparación amistosa el 20 de enero de 2010, acuerdo aprobado en el informe 163/10, de 1.º de noviembre de este último año. En su virtud, el Estado, amén de reconocer el atropello de los derechos laborales de los afectados, se comprometió a compensarlos mediante la rehabilitación de sus antecedentes administrativos, el pago de una indemnización pecuniaria, el envío de una carta de excusas y la publicación del propio acuerdo en fuentes oficiales del país. Como medida de no repetición, asumió el deber de revisar las disposiciones sobre calificación de la policía, con el objeto de ajustarlas a los principios de objetividad, contradicción e impugnación y al respeto de los derechos del personal según las exigencias internacionales en materia de derechos humanos.

El *Informe anual* de 2011 de la Comisión documenta que, cumplidas las reparaciones particulares, no se ha realizado todavía las modificaciones reglamentarias anunciadas por el Gobierno, pese a haberse dado algunos pasos en este sentido. A nuestro juicio, la demora se explica porque las autoridades de Carabineros no estarán dispuestas a acoger cambios en las reglas de conducta y disciplina del personal que impliquen atenuar la rígida jerarquía reinante allí, tanto menos formas larvadas de queja de los funcionarios subalternos contra los oficiales. El inveterado abuso de estos últimos se oyó entre los reclamos de las víctimas de la causa, allende lo cual para nadie en Chile es un misterio que la tajante división —profesional, económica, familiar, educativa, étnica y social— existente en cada uno de los cuerpos armados, esa que separa a los que mandan

y a quienes obedecen, no es sino un perfecto reflejo de la acentuada estratificación de una sociedad que selecciona a las personas según criterios de movilidad horizontal, no vertical.³¹

Con los casos siguientes de la Comisión nos adentramos en una pareja de graves problemas que también han ocupado a la Corte, o sea, la reapertura y celeridad de los procesos por los crímenes perpetrados por el gobierno militar en contra de opositores y población civil en general, y el riesgo de que los partícipes queden impunes en virtud de reglas de liberación de responsabilidad, mejor dicho, favorecimientos personales aprobados por el régimen fautor de las tropelías. Todas estas situaciones tienen en común el cumplimiento tempestivo y completo por el Estado de las reparaciones pecuniarias de los deudos y simbólicas de la memoria de las víctimas, recomendadas por la Comisión, y, a la vez, la imposibilidad de que ésta dé por cerrados los informes por la subsistencia de puntos pendientes.

El primero atañe a la persona de Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, detenido por militares y policías el 27 de agosto de 1974 y desaparecido desde entonces. La justicia chilena archivó dos veces la causa incoada por sus parientes, en 1981 y 1995, aplicando el decreto-ley 2191, de 18 de abril de 1978, mediante el cual el gobierno militar concedió amnistía a todas las personas que hubieran cometido delitos durante el estado de sitio que se extendió entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Un postremo recurso culminó con la declaración de prescripción de la acción penal, formulada por la Corte Suprema en fallo de casación de 16 de enero de 1997, esto es, un año antes de que el máximo tribunal invirtiese su interpretación sobre las causas de extinción de la responsabilidad penal en los crímenes internacionales, hasta ese instante concedidas generosamente a sus autores. La Comisión recomendó al Estado establecer la de los culpables del asesinato de Catalán en un debido proceso que llevara a la sanción de éstos, así como “adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención americana, para lo cual deberá dejar sin efecto el Decreto-Ley N.º 2.191 de 1978” (informe 61/01, de 16 de abril de 2010). Hay que reconocer que hubo acciones judiciales resultantes del mandato de la Comisión. El mismo año 2010 la Corte de apelaciones de Temuco —Catalán fue secuestrado en su domicilio de la ciudad de Lautaro, perteneciente a la jurisdicción de ese tribunal superior— nombró un ministro en visita para instruir la investigación, en que es parte coadyuvante el Ministerio del Interior. Sin embargo, en enero

³¹ Dicho coloquialmente, *para que sigan entre los suyos y no se metan con los nuestros*.

de 2012 la causa judicial permanecía en estado de sumario y sin personas procesadas. Como tampoco hay avances sustanciales en los proyectos de ley relativos a la amnistía al revés de los militares, la Comisión mantiene abierto el caso.

El segundo tuvo proyección cosmopolita por ser la víctima un funcionario de organización internacional provisto de inmunidad, Carmelo Soria Espinoza, inmigrante español secuestrado y asesinado en 1976. La Corte Suprema aplicó el decreto ley de amnistía en fallo de 4 de junio de 1996, lo que implicó el sobreseimiento de la causa y la extinción de la responsabilidad de los autores. Las recomendaciones de la Comisión, en su informe 133/99, de 19 de noviembre de 1999, fueron las mismas que en el caso de Samuel Catalán, con la peculiaridad de que en la investigación y el juicio por la desaparición y muerte de Carmelo Soria, el Estado debe dar cumplimiento a las disposiciones del Convenio sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, cuyo era el caso del plagiado, como antiguo miembro de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), de las Naciones Unidas. En 2003 las partes llegaron a un acuerdo de cumplimiento, que la Comisión declararía parcialmente ejecutado en sus informes anuales hasta el año 2011. Las indemnizaciones y reparaciones simbólicas fueron pagadas y realizadas por el Gobierno, al igual que en todos los demás casos. Sin embargo, la solicitud gubernamental y de los deudos del fallecido, de que se reabriera el proceso judicial por asesinato, chocó contra la denegación de la Corte Suprema el 28 de abril de 2010, la que adujo que la causa se hallaba afinada en virtud de sobreseimiento, total, definitivo y ejecutoriado. En vista de esta situación, que implicó la impunidad del delito principal, sólo pudo seguir adelante otro proceso, relativo a hechos punibles que se descubrió durante la investigación del homicidio. Por estos delitos, de asociación ilícita y falsedades documentales cometidas por militares para encubrir la muerte de Soria, un ministro en visita dictó sentencia condenatoria de primera instancia el 2 de noviembre de 2011. Se comprenderá, pues, que la Comisión siga supervisando el caso, máxime tomando en cuenta que el Estado aún no arbitra la manera de invalidar la raíz de estos impedimentos jurídicos, el decreto-ley 2191.

La autoamnistía fue el tema central de la sentencia de 26 de septiembre de 2006, en que la Corte Interamericana declara que el Estado de Chile incurrió en una violación de la Convención al haber aplicado el decreto-ley a los responsables de un delito de lesa humanidad y mantenerlo formalmente en vigor desde el 21 de agosto de 1990, y le ordena que se asegure de que no siga representando un obstáculo para la investigación y

el juicio, no solo de este caso, sino también de otros similares.³² Se trata del asesinato de Luis Alfredo Almonacid Arellano, el 16 de septiembre de 1973, a manos de funcionarios de Carabineros. La causa, sobreseída temporalmente por la justicia civil en 1974, fue reabierta en 1992, y se alcanzó a procesar a dos personas en 1996. Inmediatamente intervino la judicatura militar para hacerse de la causa, aplicar la amnistía y liberar de toda sospecha a los hechores. Su competencia fue reconocida por la Corte Suprema y, al año siguiente, sin haber realizado diligencia probatoria alguna ni agotado la investigación, sobreseyó totalmente el proceso. Esto explica que la Corte Interamericana haya relevado, además, la infracción estatal de la garantía de ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial, ya que nada menos que la Corte Suprema otorgó competencia a una jurisdicción especial hipertrofiada e interesada en la causa y posibilitó el previsible desenlace: la aplicación de la amnistía.

Ambos extremos constituyen un reto para los jueces y legisladores chilenos. Vaya en homenaje a la judicatura el haber dado pasos en el sentido correcto. En octubre de 2007 se dispuso la reapertura de la causa, que quedó esta vez a cargo de un ministro en visita extraordinaria de la Corte de apelaciones de Rancagua. Si retomar un proceso terminado por resolución ejecutoriada es insólito en el medio nacional, tanto mayor asombro provoca que la Corte Suprema ratificase la competencia de la justicia civil³³ fundándose precisamente en el fallo de la Corte Interamericana; como dictaminó la fiscal judicial del máximo tribunal, Chile quedó obligado a la reapertura del caso ante la justicia ordinaria y a no aplicar la amnistía militar. No conocemos en la jurisprudencia nacional un efecto de las decisiones de la Corte Interamericana que pueda rivalizar en poder con éste. Por lo demás, la prosecución de la causa significó revocar el sobreseimiento de los reos y volver a procesar a uno de ellos —el otro había fallecido en el ínterin—, todo lo cual fue valorado por la Corte en su resolución de supervisión de 18 de noviembre de 2010. Sin embargo, allí se habla también de un “principio de cumplimiento” por parte de Chile, no sólo porque el caso tampoco ha concluido, sino porque a la fecha el decreto-ley de amnistía sigue sin ser expelido del ordenamiento.

Los partidarios de la cosa juzgada en procesos como el del malogrado Almonacid tienen cierta razón cuando afirman que la supresión de la amnistía “ofrece a la dogmática

³² Esta y otras sentencias de fondo de la Corte, lo mismo que las resoluciones de supervisión de su cumplimiento, están tomadas del sitio electrónico oficial de la entidad, <http://www.corteidh.or.cr>.

³³ Pues de nuevo la militar quiso meter baza.

jurídico-penal un desafío considerable".³⁴ Hasta la intervención del sistema interamericano no se manifestó un interés real por invalidar definitivamente la amnistía. Al contrario, se conocen proyectos de ley que en 1995 pretendieron en el Senado extender el período perdonado hasta el 11 de marzo de 1990 o permitir la investigación judicial sólo para dar con los restos de las víctimas de los crímenes; en otras palabras, escenificar una parodia de jurisdicción, la de los "juicios de la verdad".³⁵ El caso *Almonacid* forzó al Estado a buscar medios con que cumplir la sentencia, lo que significa dejar sin efecto la amnistía. Pero la solución del problema tampoco puede rematar en la conservación de la irresponsabilidad de los hechores por razones técnicas. Derogar o interpretar auténticamente el decreto-ley, como intentó un primer proyecto, carece de sentido, pues implicaría reconocerle valor jurídico y, por ende, atribuirle directa vigencia como ley intermedia de efecto ultractivo, por ser favorable, favorabilísima para los facinerosos. Interpretar auténticamente el artículo 93 del Código Penal (1974), que regula la amnistía y las demás causas de extinción de la responsabilidad criminal, por modo de excluirlas en los crímenes de guerra y contra la humanidad, posibilidad que se estima como más viable en los últimos informes del Estado a la Corte Interamericana,³⁶ tropieza con el inconveniente de que la interpretación legal no puede, según el derecho interno, modificar los procesos ya terminados.³⁷ Mejor orientado, el proyecto de 21 de abril de 2006 optó por la nulidad de derecho público, a semejanza de lo ocurrido en países vecinos.³⁸ Con todo, le salió al paso la objeción, vástago de un perfecto conceptualismo y la defensa a ultranza de la Constitución castrense, de que el Poder Legislativo podría derogar leyes, pero no invalidarlas mediante declaración de nulidad. Es también correcta en el fondo la opinión que propone la inaplicación judicial del precepto de 1978 por su invalidez inmanente, debida a que la auténtica amnistía supone una relación de alteridad que no se presenta en disposiciones que hacen coincidir en una misma persona, o sea, unilateralmente, a los

³⁴ Alex Van Weezel, "Inadmisibilidad de las 'leyes interpretativas' *in malam partem* en materia penal", en *Gaceta Jurídica*, n.º 323, Santiago de Chile, mayo de 2007, pp. (14-30) 20.

³⁵ Cf. los Boletines 1622-07 y 1657-07, de la Cámara de Diputados de Chile. Ambos llevan la firma del entonces senador don Sebastián Piñera Echeñique; el segundo, además, la de antiguos compañeros de ruta del régimen militar.

³⁶ Y que ha cristalizado en un proyecto de ley. Véase el Boletín número 3345-07 de la Cámara de Diputados.

³⁷ Cf. Jean Pierre Matus Acuña, *Informe sobre la ejecución de la sentencia en el caso Almonacid presentado a la Cámara de Diputados*, en *Ius et Praxis*, año 12, n.º 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 2006, pp. 385-396.

³⁸ Partidarios de esta solución, Matus Acuña, o. cit., cf. p. 396, y Humberto Nogueira Alcalá, "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid", en *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, n.º 2, 2006, cf. p. (363-384) 380.

sujetos activo y pasivo del *ius puniendi*.³⁹ Sin embargo, la errática marcha de la jurisprudencia no brinda escudo alguno contra la eventualidad de que el decreto-ley vuelva a ser aplicado, como teme la Corte Interamericana en su fallo.

Yendo más allá, las propuestas de derogación, invalidación o interpretación auténtica de la cuestionada regla atienden antes a un contenido incompatible con el derecho internacional penal o contradictorio en términos de ontología jurídica, que a la perversión de su forma y la ilegitimidad intrínseca de su fuente de producción, llamada la primera decreto-ley, justo porque no es una ley, y autodenominada la segunda Junta de Gobierno, para presentarnos en ropajes de autoridad a un grupo de sediciosos. Por eso la invalidación de la amnistía representa principalmente un desafío político, resuelto el cual desaparece por completo el absurdo rompecabezas de examinarla jurídico-penalmente. No ya sólo este decreto-ley, sino todas las disposiciones legiferantes dictadas entre 1973 y 1990 debieran ser objeto de revisión, una por una, en un Parlamento futuro que decida lo que debió hacerse ya en 1991, esto es, a cuáles se reconoce valor como derecho y a cuáles no. Mientras esto no ocurra, continuarán las voces y los subterfugios pseudocientíficos en defensa de la amnistía. Y es muy probable que esos puntos de vista se den mañana para desvirtuar otro proyecto de ley presentado para acatar el fallo de la Corte Interamericana, que agrega a las causas de revisión de una sentencia penal haber sido pronunciada “en contravención a obligaciones contraídas por el Estado de Chile, en virtud del derecho internacional consuetudinario, convencional, principios generales del derecho y las normas de *jus cogens*, en materia de crímenes de guerra o lesa humanidad”.⁴⁰

La Corte Interamericana mantiene abierta la supervisión de cumplimiento de un segundo fallo con resonancia penal y procesal penal. En 1996 la justicia militar condenó a Humberto Antonio Palamara Iribarne, exoficial de la marina de guerra y, a la época de los hechos, contratado como empleado civil de la institución, por haber publicado sin el permiso oficial que exigen los reglamentos un libro sobre la ética en los servicios de inteligencia. La condena fue por partida doble, una por el delito de incumplimiento de deberes militares y otra por el de desacato, ambos previstos en el Código de Justicia Militar y propios del personal castrense. Previamente, se retiraron todos los ejemplares

³⁹ Juan Pablo Mañalich Raffo, *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Santiago de Chile: Flandes Indiano, 2010, cf. pp. 183-204 (falta de alteridad subjetiva que impide interpretar el decreto dándole el efecto de un autoencubrimiento).

⁴⁰ Boletín 6491-17 de la Cámara de Diputados. El proyecto parlamentario data de 30 de abril de 2009.

de la publicación, así como su soporte electrónico. De nada valieron a Palamara que él, en cuanto civil, no estaba sujeto al deber de informar a sus superiores de la publicación —cosa que, con todo, él hizo por deferencia a ellos y a la institución de toda su vida—, que los delitos que se le imputaron son figuras peligrosamente abiertas y, en todo caso, ajenas a las actividades de las personas que visten de paisano y, en fin, que los mismos peritos nombrados por el tribunal informaron que la obra tampoco descubrió secretos militares ni informaciones que no pudiesen ser conocidas en fuentes de acceso público. Las condenas tuvieron consecuencias desastrosas para la vida familiar, laboral y económica del hombre. Pues bien, la Corte Interamericana, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005, luego de constatar la violación de la libertad de pensamiento y expresión, la propiedad y las garantías judiciales de la víctima, condenó al Estado, entre otras cosas, a permitir al autor la publicación de su libro, indemnizarlo por los perjuicios sufridos, dejar sin efecto los fallos que lo arruinaron, derogar o modificar cualesquiera normas internas que fueran inconciliables con las libertades pisoteadas y adecuar la jurisdicción militar al conocimiento de delitos propiamente castrenses cometidos por uniformados.

La indemnización fue pagada y el libro se reimprimió en las prensas de la Armada, por cierto. Pero la vía que se halló para dejar sin efecto las condenas no consistió en anularlas, sino en la rehabilitación administrativa del condenado, que desde junio de 2007 figura sin antecedentes en el registro general de condenas.⁴¹ El caso influyó en la des-criminalización del desacato común en el Código Penal, obra de la ley 20 048, de 31 de agosto de 2005, y puede que haya tenido una resonancia refleja en la ley 20 477, de 30 de diciembre de 2010, que sustrajo a civiles y menores de edad de la competencia de los tribunales militares. No obstante, las cuatro resoluciones de supervisión de cumplimiento de la Corte⁴² reprochan al Estado que mantenga en vigor formas de desacato militar y común que restringen la posibilidad de informar críticamente sobre el aparato público, así como una justicia militar que, en su elefantasis, todavía puede ocuparse de civiles cuandoquiera que el sujeto activo de la infracción sea un uniformado en servicio. Seis años de demora van algo más allá que el “plazo razonable” que indicó la Corte. Y todo apunta a que el asunto traerá todavía en largas. La reforma de la justicia militar, tarea iniciada hace un cuadrienio, es un hueso duro de roer por el poderío que conservan los

⁴¹ A cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, que no depende del Poder judicial, sino del Ministerio de Justicia.

⁴² De 20 de noviembre de 2007, 15 de diciembre de 2008, 21 de septiembre de 2009 y 1 de julio de 2011.

interesados en mantener a este personal abroquelado ante las acusaciones, los tribunales y las penas civiles, sin olvidar la ejecución común.

Escuetos seremos en la relación de los restantes tres casos sentenciados por la Corte, ya que carecen de vínculos directos con el *ius puniendi* estatal. Las reparaciones ordenadas fueron cumplidas completamente en los primeros dos. La sentencia de 5 de febrero de 2001 había condenado al Estado porque el Poder Judicial censuró en 1997 el filme *La última tentación de Cristo*, impidiendo su exhibición pública, que era lo buscado por quienes solicitaron tutela jurídica “por y a nombre de Jesucristo”.⁴³ La reparación precipua consistía en modificar el ordenamiento interno de modo de acabar con la censura y, por ende, permitir al público ver esta película cinematográfica. Se cumplió mediante una reforma constitucional, por la ley 19742, de 25 de agosto de 2001, que reemplazó el sistema de censura por otro de calificación cinematográfica, y la ley 19846, de 4 de enero de 2003, que regula las condiciones de la calificación. El filme se exhibió en Santiago de Chile el 11 de marzo de este último año.⁴⁴ A su turno, la sentencia de 19 de septiembre de 2006 ordenó adoptar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso a la información bajo control del Estado y capacitar a los funcionarios encargados de atender a las solicitudes de los particulares. Como registra la resolución de supervisión de cumplimiento de 24 de noviembre de 2008, con que se dio por cerrado el caso, el Estado atribuye superlativa importancia a la sentencia de la Corte en el fortalecimiento de la libertad de expresión que se habría logrado con la ley 20285, de 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública. Noticias recientes, empero, denotan que persiste el vicio de escamotear a la población ciertas informaciones, declarándolas confidenciales mediante decreto supremo.⁴⁵

⁴³ Sí, puede el lector creer en la aseveración, que quedó estampada en los escritos del procedimiento de protección constitucional.

⁴⁴ Las resoluciones de supervisión de cumplimiento de 28 de noviembre de 2002 y 28 de noviembre de 2003 omiten mencionar que la traducción castellana del libro de Nikos Kazantzakis circulaba libremente en el país. El pueblo chileno, en general, lee poco, en parte por falta de hábito y en parte por el desproporcionado precio de venta de los libros. A cambio, asiste con gusto al cine o alquila filmes para la exhibición casera. Si se considera que el libro podía leerlo cualquiera con interés y en condiciones de comprarlo o consultarlos en una biblioteca pública, el objetivo del recurso de protección contra la cinta de Scorsese era realmente substraer el tema al conocimiento de los desvalidos, pobres en dinero o en espíritu, una actitud que no parece armonizar con la enseñanza de Jesús, el inopinado actor de la causa judicial.

⁴⁵ Véase la carta de denuncia de un diputado de la República en el diario *La Tercera*, de Santiago de Chile, del domingo 2 de septiembre de 2012, p. 44.

Finalmente, por no haber dado cumplimiento a las recomendaciones del informe 139/09 de la Comisión, la Corte conoció del caso de la señora Karen Atala Riff, quien se vio privada de la tutición de sus hijas por resolución de la Corte Suprema de 31 de mayo de 2004. Ésta se basó en que la madre habría antepuesto al interés superior de las niñas el suyo personal de mantener en el hogar familiar convivencia conyugal con otra mujer, situación que podría causar en las menores daños psíquicos y sociales. La Corte Interamericana replicó que “el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”, cuyo era el caso, motivo por el cual impuso al Estado, entre otros deberes, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos de la causa y desarrollar permanentemente programas dirigidos a enseñar a los funcionarios públicos, en especial los del Poder Judicial, que está prohibido discriminar a las personas por el ejercicio de su libertad en el plano de la sexualidad. Lo reciente del fallo, fechado el 24 de febrero de 2012, impide extraer más corolarios que uno subjetivo: el sentimiento de vergüenza que conmovió o debió remecer a los chilenos por el inicuo trato dispensado en su terreno a una compatriota, a su familia y a la legislación civil del país.

5. Recapitulación y conclusiones

Al cabo de lo expuesto se obtiene como resumen un mosaico algo abigarrado, desconcertante y hasta esquizofrénico en la relación entre el derecho interno y el internacional a propósito del cumplimiento de lo ordenado a Chile por los órganos interamericanos de derechos del hombre. Las normas de más alta jerarquía del país no pronuncian palabra sobre el derecho internacional general, son escuetísimas acerca del derecho de los tratados y, miradas en su conjunto, manifiestan un talante suspicaz hacia reglas y tribunales supraestatales de derechos humanos, actitud que se torna insufrible en el límite con que se intentó deslindar los magnos hechos de la democracia, por una parte, del legado de la tiranía, por otro, legado del que nadie parece querer hacerse cargo en sus aspectos más macroscópicos, incluidos los criminosos.

Sin embargo de todo esto, el Estado ha cumplido la mayoría de las reparaciones y recomendaciones de esos órganos. Tanto lo acatado como aquello que sigue sin ejecutar —y que presumiblemente seguirá en tal condición hasta las calendas griegas— son

un espejo en que debemos contemplarnos los chilenos, por más, o precisamente por, que el adminículo nos es ofrecido por quienes no lo necesitan para vernos en lo que somos. La legislación interna, así la de fondo como la adjetiva, sigue muy rezagada en el crucial capítulo de la salvaguarda de las garantías básicas de las personas, traiciona una inspiración paleolítica en cuestiones de soberanía y dispone de magros recursos con que hacer efectivos derechos que, maguer su importancia, tuvieron al cabo que ser reconocidos allende las fronteras del país para que nos enterásemos de que existen. Aunque no nos guste admitirlo, en la sociedad chilena circula por doquier una mentalidad insular, un espíritu autoritario, el amor por el secretismo, la antipatía frente a la diversidad, la soberbia económica y moral de las clases dirigentes, la discriminación de los sectores desvalidos. Sobre el conjunto, se levanta un formalismo jurídico cuya profesión de fe por la seguridad que provee el derecho oculta, en verdad, el interés de grupos reducidos, pero sumamente influyentes, en orden a relegar al olvido sucesos que estremecen el ánimo y, en el fondo de la operación, eludir el cuestionamiento de la estructura social, la organización económica y la ideología política, férreamente defendidas por tales grupos, que posibilitaron en el pasado la comisión de gravísimos crímenes y que permiten en la actualidad la persistencia de violaciones de otros derechos fundamentales del hombre.

De ahí que las sentencias de la Corte y los informes de la Comisión merecen plácemes y deben ser muy bienvenidos. Se puede incluso prescindir mentalmente de ciertos excesos y hasta errores jurídicos que contiene alguno de los fallos —como ciertas aristas penales del caso *Almonacid*, incongruentes con las exigencias del derecho penal de un Estado de derecho—, porque, en lo esencial, dan en el blanco y obligan a tomar medidas indispensables, muchas de ellas urgentísimas. A éstas el país está obligado, según reconoce la doctrina mayoritaria y patentiza la actuación de los Gobiernos después del hundimiento de la tiranía. Algunas reformas legales y ciertas decisiones judiciales permiten aventurar el pronóstico de que se continuará recorriendo este camino en el futuro, aunque la consecución de la meta jurídica —otra cosa es la cultural, harto más compleja, trabajosa y exigente de cumplir— demanda cambios en la mentalidad de jueces y justiciables, la superación del dualismo frente al derecho de la comunidad de naciones, expulsar un gran conglomerado de sedicentes normas jurídicas, algunas de pretendido supremo linaje, y el abandono definitivo de la hipocresía conceptualista en la interpretación y sistematización del derecho del porvenir.

Bibliografía

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, y Jorge CORREA GONZÁLEZ: “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 1, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2002, pp. 129-160
- BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo: “La incorporación de los tratados en el derecho interno chileno. Análisis desde la perspectiva del derecho internacional”, en *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2, n.º 2 (monográfico: “Constitución y tratados internacionales”), 1997, pp. 73-80.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco: “Los tratados internacionales y el artículo 5.º de la Constitución”, en *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2, n.º 2 (monográfico: “Constitución y tratados internacionales”), 1997, pp. 93-99.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid: “Pautas de interpretación de los tratados internacionales derivadas del deber de promoción de los derechos humanos impuesto a la judicatura chilena por la Constitución política”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 499-522.
- FASSÒ, Guido: *Storia della Filosofia del Diritto* (3 vols.), t. II (“L’età moderna”), Roma-Bari, Laterza, 2.ª ed., al cuidado de Carla Faralli, 2003.
- GARCÍA BARZELATTO, Ana María: “Tratados internacionales según la reforma constitucional de 2005”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 68 (monográfico: “La reforma constitucional de 2005”), Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2006, pp. 72-84.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: “Cooperación y asistencia judicial en Chile con la Corte Penal Internacional”, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 149-181.
- “Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *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: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 171-195.
- “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: una cabeza de Jano”, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 131-158.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal* (publicados, 7 vols.), Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II (“Filosofía y ley penal”), 1950.

- LOCKE, John: *Segundo tratado sobre el Gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil. "Salus populi suprema lex esto"*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid: Alianza, 2010.
- LLANOS MANSILLA, Hugo: "Cumplimiento por Chile de la sentencia del caso Almonacid de la Corte Interamericana de derechos humanos", en *Revista de Derecho Público*, n.º 69 (monográfico: "Reformas constitucionales de 2005. Un año después"), 2 vols., 2007, t. I, pp. 199-275.
- "Los tratados y la reforma constitucional", en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.): *La Constitución reformada de 2005*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2005, pp. 345-379.
- *Teoría y práctica del derecho internacional público* (3 vols.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I ("Introducción y fuentes"), 3.ª ed., 2005.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Santiago de Chile: Flandes Indiano, 2010.
- MATUSS ACUÑA, Jean Pierre: *Informe sobre la ejecución de la sentencia en el caso Almonacid presentado a la Cámara de Diputados*, en *Ius et Praxis*, año 12, n.º 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 2006, pp. 385-396.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia: "El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho chileno", en *Constitución, tratados y derechos fundamentales*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, 1994, pp. 1-54.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo: "Cumplimiento en Chile de sentencias dictadas por tribunales internacionales", *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2, n.º 2 (monográfico: "Constitución y tratados internacionales"), pp. 215-216.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en *La Constitución reformada de 2005*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2005, pp. 381-403.
- "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2002, pp. 449-466.
- "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2000, pp. 163-259.
- *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (2 vols.), Santiago de Chile: Librotecnia, t. I, 2008.
- *Dogmática constitucional*, Talca: Universidad de Talca, 1997.
- "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid", en *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, n.º 2, 2006, pp. 363-384.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de: “Franco o el tirano. Ensayo de teoría política aplicada”, en *Umbral. Revista Mensual de Arte, Letras y Estudios Sociales*, París, n.º 29, mayo de 1964, pp. 4-6; n.º 30, junio de 1964, pp. 16-17, y n.ºs 31-32, julio y agosto de 1964, pp. 10-12.

SALINAS BURGOS, Hernán: “Los tratados internacionales ante la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 69, cit., Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, t. I, pp. 491-501.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional* (10 vols), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I (“Principios, Estado y Gobierno”), 2.ª ed., 1997, y t. IV (*La Constitución de 1980. Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia electoral*), 2.ª ed., 1997.

VAN WEEZEL, Alex: “Inadmisibilidad de las ‘leyes interpretativas’ *in malam partem* en materia penal”, en *Gaceta Jurídica*, n.º 323, Santiago de Chile, mayo de 2007, pp. 14-30.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, Emilio PFEFFER URQUIAGA y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ: *Derecho constitucional* (2 vols.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2.ª ed., 2002.

SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO PÚBLICO INTERNO: AMPLIACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN EN EL CASO DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Alejandro Aponte

RESUMEN. El presente texto aborda la configuración de la acción de revisión penal en casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, como punto de contacto entre las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos y el derecho público interno colombiano. La orden de reapertura de casos que proviene del sistema interamericano por falta al deber del Estado de investigar y juzgar seria, genuina e imparcialmente este tipo de casos ha generado discusiones en el lenguaje de los derechos humanos dentro de las corporaciones judiciales competentes, en torno a su modo de incorporación en el ámbito interno.

Palabras clave: acción de revisión penal, sistema interamericano de derechos humanos, falta al deber de investigación y juzgamiento, graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, derecho público interno colombiano.

ABSTRACT. This paper addresses the structure of the action for judicial review in criminal proceedings for serious violations of human rights and breaches of international humanitarian law as an interface between the decisions of the Inter-American human rights system and Colombian public law. The order to reopen cases issued by the Inter-American system due to the State's dereliction of its duty to investigate and prosecute such cases in a serious, genuine and impartial manner has generated discussions in terms of human rights within the competent judicial institutions with regard to how such an order can be incorporated into the national system.

Keywords: action for judicial review, Inter-American human rights system, dereliction of duty to investigate and prosecute, serious violations of human rights and grave breaches of international humanitarian law, Colombian public law.

ZUSAMMENFASSUNG. Der vorliegende Text befasst sich mit der Ausgestaltung der strafrechtlichen Wiederaufnahmeklage bei schweren Menschenrechtsverletzungen und Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht als Schnittstelle zwischen den Entscheidungen der Organe des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte und dem kolumbianischen öffentlichen Recht. Das interamerikanische System erlaubt den Erlass von Anordnungen zur Wiederaufnahme von Strafverfahren, wenn der Staat seine Verpflichtung zur Durchführung eines angemessenen, fairen und unparteiischen Ermittlungs – und Gerichtsverfahrens verletzt hat. Dies hat bei den zuständigen Gerichten eine in der Fachsprache der Menschenrechte geführte Diskussion über die Art und Weise angestoßen, wie solche Anordnungen im innerstaatlichen Recht umgesetzt werden können.

Schlagwörter: Wiederaufnahme eines Strafverfahrens, interamerikanisches Menschenrechtssystem, Nichterfüllung der Verpflichtung zur Durchführung eines Untersuchungs- und Gerichtsverfahrens, schwere Menschenrechtsverletzungen und Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht, innerstaatliches öffentliches Recht Kolumbiens.

1. Introducción

El impacto de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho público interno tiene lugar en varios ámbitos normativos. Esto se puede constatar, para citar un ejemplo, dentro del ámbito constitucional, como es el caso de materias reguladas de manera diversa en la Carta Política en relación con la Convención Americana, o que son concebidas de forma diferente por la jurisprudencia interna. Desde el punto de vista del derecho penal y, más concretamente, del procedimiento penal, este impacto se refleja, de una manera más clara, en la ampliación que ha tenido lugar, primero por vía jurisprudencial y luego legal, de los efectos de la acción de revisión en materia penal, contra sentencias ejecutoriadas. Este es el aspecto que ha sido escogido en el presente informe para ilustrar el impacto de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho público interno.

De esta forma, se da cuenta de cómo el Tribunal Constitucional colombiano, en sentencia del año 2003, amplió las posibilidades de revisión en materia penal, regulando, por vía jurisprudencial y sin existencia de una referencia legal previa, los efectos de esta acción, instaurando su procedencia no solo frente a sentencias condenatorias sino también absolutorias, siempre y cuando se trate de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH). Se trata —hay que destacarlo desde ya— de una salida, dentro del ámbito jurídico, a una opción de protección penal

de derechos humanos, tema que en otras latitudes ha sido objeto de deducciones *ad hoc* de todo tipo de fuentes, muchas de ellas casi propias de un cuasiderecho natural de los derechos humanos.

Es una salida que hace parte, desde luego, de la puesta en marcha del nuevo constitucionalismo en el caso colombiano, que ha permitido al juez constitucional ampliar al máximo sus márgenes de acción, a través de sentencias condicionadas, integradoras, etcétera, tema complejo que en el país ha sido siempre objeto de debates y de reflexiones sobre el papel del juez como creador de derecho. No obstante, como se dice, respecto de este tema específico y, sobre todo, en razón de los casos que han sido objeto de la acción de revisión, esta posibilidad ha tenido efectos muy positivos, ya que, de lo contrario, en casos por ejemplo fallados por la justicia penal militar, habría operado sin duda una mancha vergonzosa de impunidad. A propósito, se incluye en el informe una reflexión sobre la reforma constitucional al fuero penal militar, que tuvo lugar en el mes de diciembre de 2012, posterior a la reunión de nuestro Grupo de Estudios en el mes de septiembre.

2. El juez constitucional y la ampliación de los efectos de la acción de revisión en materia penal

Como se estableció en la introducción, para ilustrar el impacto de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento interno se ha escogido el tema relacionado con la ampliación de los efectos de la acción de revisión en sede penal, de modo que el impacto del sistema no estaría ligado, en principio, a una operación compleja de los funcionarios colombianos, de deducir consecuencias de un uso indiscriminado de las fuentes internacionales, sino de hallar respuesta en el propio ordenamiento jurídico-penal. En adelante se describe el proceso y se reseñan las principales decisiones de carácter constitucional y de carácter penal respecto del tema que nos ocupa.

En el año 2003, la Corte Constitucional profirió un fallo de exequibilidad a través del cual interpretó la causal 3.^a del artículo 220 de la ley 600 de 2000, norma que dispone la procedencia de la acción de revisión contra sentencias ejecutoriadas.¹ La demanda

¹ El artículo 220 de la ley 600 de 2000, o Código de Procedimiento Penal vigente en aquella época, dispone: "Procedencia. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: [...] 3. Cuando

de inconstitucionalidad cuestionó un presunto favorecimiento ilegítimo asignado por el legislador al procesado penalmente, de manera que podía revisarse el proceso de condena por prueba nueva o hecho nuevo, siempre y cuando este estuviese dirigido a establecer su inocencia o carencia de responsabilidad penal. Según el actor de la demanda de inconstitucionalidad, la imposibilidad de reabrir el proceso para agravar la situación del condenado —bien sea para aumentar la pena o el *quantum* de la reparación— por hechos nuevos o pruebas nuevas comporta una restricción indebida a los derechos de las víctimas del delito, además de ser contrario al deber de las autoridades públicas de asegurar la vigencia de un orden social justo (Preámbulo y artículo 2.º de la Constitución Política).²

La Corte, en su respuesta, resaltó que la cosa juzgada y el *ne bis in idem* desarrollan el valor constitucional de la seguridad jurídica necesario para la estabilización de los conflictos sociales resueltos por la jurisdicción. La cosa juzgada brinda efectividad a la función pacificadora del proceso, en la medida en que confiere a toda decisión judicial el carácter de inmutable, vinculante y definitivo de la resolución adoptada por el funcionario que pone fin a una controversia. A su vez, el principio del *ne bis in idem*, concebido como garantía, refuerza el principio más general de la cosa juzgada, tratándose de procesos penales en cuyo marco se debate la limitación al derecho fundamental a la libertad personal. La prohibición de doble enjuiciamiento por unos mismos hechos constituye uno de los límites —y, como tal, una garantía para el ciudadano— frente al poder punitivo.

Para la Corte Constitucional, el diseño legislativo de la acción de revisión, en cualquiera de sus causales, busca establecer una mínima limitación al principio de cosa juzgada y a la garantía del *ne bis in idem* —ambos de raigambre constitucional— establecidos en principio a favor del condenado. La decisión de configuración legislativa de la acción de revisión ha preferido la seguridad jurídica frente a otros valores y principios constitucionales, lo cual implica que su naturaleza sea extraordinaria, su procedencia, excepcional, y solo por las específicas y taxativas causales de interpretación restrictiva establecidas en la ley.³

después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad".

² Se trata de la providencia de la Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

³ En otro fallo se resalta lo siguiente: "El carácter extraordinario de la acción alude a su capacidad para remover la cosa juzgada, en situaciones en que ella es el producto de errores de hecho que afectan la verdad histórica y se

Según la Corte, la libertad de configuración legislativa le permite al Congreso decidir el equilibrio (realización/restricción) entre principios, valores y derechos constitucionales al regular una determinada materia. Junto con la seguridad jurídica, el legislador pudo haber decidido desarrollar otros valores y principios en la confección de la acción de revisión, entre los cuales se encuentran los derechos de las víctimas del injusto penal, bajo la ampliada concepción actual —triada de justicia, verdad y reparación—, acompañados por el deber correlativo del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables.

La acción extraordinaria de revisión refleja la tensión intrínseca que existe entre estos principios y valores de rango constitucional; conflicto que el legislador decidió resolver otorgando prevalencia a la seguridad jurídica frente a los derechos de las víctimas y al postulado de justicia material del Estado de derecho. La tarea de la Corte es establecer si la ponderación entre estos opuestos es proporcional en la regulación legislativa y, por tanto, legítima, o si, por el contrario, afecta de manera no razonable la función punitiva del Estado.

2.1. La acción de revisión frente a hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos

Para adelantar el análisis de proporcionalidad entre valores y principios constitucionales, la Corte adelantó una distinción entre hechos punibles en general y hechos punibles constitutivos de violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al DIH. Entre los derechos de las víctimas de los hechos punibles en general y las garantías judiciales del condenado, la Corte encontró que, aun cuando ambos tienen la misma fuerza e importancia dentro del orden constitucional, el legislador actuó razonablemente dentro de sus facultades de libre configuración de la causal de revisión, al dar un mayor peso a la seguridad jurídica que ampara de manera favorable la situación del condenado penalmente.⁴

proyecta en una inequidad que contraviene los fines de una recta administración de justicia". Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño, fundamento 9.

⁴ Así lo explicó la Corte: "Es cierto que el Legislador hubiera podido elegir una regulación más favorable a los derechos de las víctimas de los hechos punibles y a la consecución de un orden justo, pero la Carta no lo obliga a preferir esos derechos, en vez de optar por una mayor garantía de la seguridad jurídica y del *non bis in idem*. No existiendo un imperativo constitucional evidente para que la ley escoja privilegiar los derechos de las víctimas y la vigencia de un

En tal escenario, es legítimo que la acción de revisión proceda, en la causal que se estudia, solo contra la sentencia condenatoria y por hecho nuevo o prueba nueva que establezca la inocencia o no culpabilidad de la persona procesada. No obstante, para el segundo tipo de víctimas —esto es, aquellas que sufren un menoscabo como resultado de una violación a los derechos humanos o de infracciones graves al DIH—, el resultado de ponderación no es el mismo. En efecto, esta clase de delitos, a juicio de la Corte, generan un daño social de mayor entidad, que atenta gravemente contra la dignidad humana y las bases de la convivencia pacífica, por lo cual la comunidad internacional ha expresado su compromiso de reprimir y sancionar tales conductas. Por lo tanto, para este tipo de crímenes el ejercicio de ponderación debe realizarse con otros matices:

Los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo.⁵

La regulación de la causal de revisión en este supuesto resulta ser, para el juez constitucional, desproporcionada. La intensa afectación a los derechos de las víctimas en esta clase de delitos exige una respuesta estatal para enfrentar el fenómeno de impunidad, máxime si ha sido el mismo Estado quien ha contribuido a tal situación por faltar a su deber de investigar, juzgar y sancionar de manera seria, imparcial y genuina a los perpetradores de este tipo de crímenes.⁶

orden justo en su tensión con la seguridad jurídica y la prohibición del doble enjuiciamiento, la Corte considera que bien podían las expresiones acusadas elegir amparar la seguridad jurídica y el *non bis in idem*, pues dicha regulación asegura la vigencia de esa garantía procesal, sin que la limitación genérica de los derechos de las víctimas aparezca en sí misma excesiva". Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett, fundamento 28.

⁵ Ibídem, fundamento 24.

⁶ Hay que anotar que el juez constitucional no se detiene en las diferencias entre violaciones de derechos humanos y delitos como tales. Se trata de un tema arduamente discutido por el Grupo de Estudios, como también desde luego el propio concepto de protección penal de derechos humanos. La explicación puede yacer, en principio, en el hecho de que, como se verá, la revisión se amplía sobre todo para dar cabida a decisiones del sistema y justo aquí se tematiza, en principio, el lenguaje de los derechos humanos y no del derecho penal estrictamente.

Así, como bien se ha reseñando, para estos hechos punibles de mayor entidad, la garantía del *ne bis in idem* y el principio de cosa juzgada son susceptibles de ser relativizados o flexibilizados para dar cabida a la realización de la justicia material, y con ello satisfacer los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.

La relativización de la seguridad jurídica no conlleva su abierto y arbitrario desconocimiento, razón por la cual se exigen ciertas garantías formales que den cuenta de un incumplimiento manifiesto del Estado en investigar de manera seria e imparcial los hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH. Por tanto, se requiere una decisión judicial en el ámbito interno, o bien un pronunciamiento de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos cuya competencia haya sido reconocida formalmente por Colombia, que declare un incumplimiento “protuberante” del Estado en su deber de investigar de manera seria e imparcial una violación a los derechos humanos o infracción grave al DIH, tal como lo dice expresamente la Corte.⁷

En razón a que el incumplimiento en el deber investigativo del Estado no puede ser siempre atribuido a una conducta típica de un juez o un tercero, o a la incorporación de una prueba falsa dentro del proceso (causales 4.^a y 5.^a para la procedencia de la acción), la Corte encontró que sobre este tema existía una omisión legislativa, razón por la cual procedió a dictar una sentencia integradora. Así, sin importar si aparece prueba nueva o hecho nuevo, no conocido en los tiempos de los debates, siempre que exista un pronunciamiento judicial interno o de un organismo internacional competente que constate el incumplimiento protuberante del Estado en investigar seria e imparcialmente este tipo de delitos, procederá la revisión de cualquier decisión absolutoria que haya puesto fin a la actuación.⁸

⁷ “En efecto, esas decisiones internacionales, adelantadas por organismos imparciales a los cuales Colombia ha reconocido competencia, muestran que la cosa juzgada no era más que aparente, pues el proceso investigativo no había sido adelantado con la seriedad que exigen la Constitución y los tratados de derechos humanos”. Ibídem, fundamento 35.

⁸ Por tanto, “la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional [...] es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente”. Ibídem, fundamento 37.

Respecto de esta decisión y a modo de conclusión, nótese que la decisión de la Corte se refiere, en forma expresa y contrariamente a la manera como tradicionalmente se ha regulado, a decisiones absolutorias y solo en relación con aquellas conductas que hoy, más técnicamente, pueden denominarse constitutivas de crímenes internacionales. Pero los efectos se extienden más allá de las sentencias y tienen que ver también con otras decisiones, como la preclusión o la cesación de procedimiento.

Hay que agregar, además, que la acción de revisión, en este caso, no puede interponerse por un sujeto individual; allí se acentúa aún más el carácter excepcional de esta ampliación. Se trata de una evolución que ha tenido lugar en la jurisprudencia penal una vez dictada la sentencia de 2003 por el juez constitucional: solo instituciones como la Fiscalía o la Procuraduría pueden hacerlo. (Para el lector extranjero se aclara que en Colombia la Procuraduría es diversa de la Fiscalía. Es una institución del orden nacional cuyos funcionarios actúan en los procesos penales, verificando que en ellos se respeten la ley y la Constitución. Se trata de una figura, en sede penal, por supuesto muy compleja, con arraigo institucional en el país, pero muy extraña en el derecho comparado.)

2.2. Regulación legislativa en función del fallo del juez constitucional

La ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal que incorporó el sistema acusatorio en el país, en su artículo 192.4, estableció la causal para la procedencia de la acción de revisión contra los fallos absolutorios en casos de violación a los derechos humanos, con el sentido antes expuesto de la sentencia C-004 de 2003.⁹ No obstante, se demandó la expresión *absolutorios* de la mencionada causal, al considerar que limitar la procedencia de la acción contra esa clase de providencias resulta contrario a los derechos de las víctimas, al deber de las autoridades de garantizar la vigencia de un orden justo y, por consiguiente, a la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno (artículo 93 de la Constitución Política).

⁹ El artículo 192.4 de la ley 906 de 2004 dispone: "Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: [...] 4. Cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates".

Para resolver la demanda, la Corte recordó su doctrina sobre el sentido de la acción de revisión en la jurisprudencia constitucional, en tanto desarrollo de la cosa juzgada y de la garantía judicial del *ne bis in idem*. Estos valores, a juicio de la corporación, no tienen carácter absoluto y son susceptibles de ser relativizados en aras de realizar otros valores y principios constitucionales de igual jerarquía.¹⁰

Para la Corte, la investigación, el juzgamiento y la sanción de los hechos punibles que configuran violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH imponen deberes para el Estado respecto de su cumplimiento. La protección internacional de los derechos humanos proviene del derecho internacional de los derechos humanos (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y del derecho penal internacional. Aun cuando la declaratoria de responsabilidad que hacen sus órganos autorizados en sus respectivos ámbitos es diferente —uno condena al Estado y el otro a individuos—, las decisiones que en ejercicio de sus competencias adoptan son trascendentes para determinar el grado de seriedad e imparcialidad de los procedimientos de juzgamiento que adelantan las autoridades jurisdiccionales locales.

Una vez resaltado el valor preferente de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y de infracciones al DIH, la Corte concluyó que era inconstitucional restringir la procedencia extraordinaria de la acción de revisión solo para los fallos absolutorios, con exclusión de aquellos condenatorios. Aun cuando exista firmeza sobre una decisión penal condenatoria, el proceso será susceptible de ser reabierto si se dan las condiciones establecidas por la vía legal, a saber:

- (i) Que la acción se interponga contra un fallo ejecutoriado en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario
- (ii) Que mediante decisión sobreviniente proveniente de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, se establezca un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones.¹¹

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ Ibídem, fundamento 11.

3. Influencia del derecho internacional en la creación de la causal de revisión y el uso del bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad ha sido un instrumento privilegiado para introducir el denominado *nuevo constitucionalismo* en el derecho público interno. No obstante, hay que decir igualmente que hoy es objeto de numerosas críticas, en cuanto permitiría quebrantar la ley y la Constitución en función de la aplicación de fuentes de carácter internacional. No es un tema pacífico, ciertamente; aquí nos restringimos a reseñar aspectos metodológicos centrales que ha desarrollado el juez constitucional para la aplicación de la herramienta. Así, se tiene que el bloque de constitucionalidad ha sido definido por la Corte Constitucional como una unidad jurídica compuesta por “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.¹²

Toda normatividad internacional sobre derechos humanos que entra a ser parte de la Carta Política en virtud de las cláusulas de reenvío o recepción expresamente consagradas (verbigracia, artículos 93, 94, 214.2), cumplido el trámite de perfeccionamiento del instrumento, puede solo ser entendida conforme a los principios, valores y derechos constitucionales. Por lo tanto, su interpretación y aplicación está condicionada a una integración sistemática, armónica y coherente que el operador judicial debe realizar con el conjunto de las disposiciones constitucionales preexistentes en el orden interno.¹³

En razón a lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado que las normas del bloque de constitucionalidad no son de manera alguna referentes deónticos autó-

¹² Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero, fundamento 12.

¹³ En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido: “[...] la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen [...] Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador [...] *En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución*” (destacado añadido). Corte Constitucional, sentencia C-028 de 2006, MP: Humberto Sierra Porto, fundamento 6.5.

nomos para juzgar la validez formal y material de las demás normas del ordenamiento jurídico;¹⁴ en este entendido, el cargo de inconstitucionalidad que se postula contra una norma, por necesidad, tendrá que estar conformado con los artículos de la Constitución (principios, valores, derechos y deberes) que alegan ser desconocidos por la disposición de inferior jerarquía.¹⁵ Esta es una conclusión importante que ha permitido a la Corte Constitucional declararse inhibida en sede de constitucionalidad en aquellas ocasiones en que se ha esgrimido una norma internacional como único referente normativo vulnerado por determinada disposición del orden interno.¹⁶ (Es una forma de evitar el uso desregulado y arbitrario de todo tipo de fuentes, etéreas y vagas, situadas en una especie de cuasiderecho natural de los derechos humanos.)

El bloque de constitucionalidad, de acuerdo con la Corte Constitucional, cumple dos funciones distintas en relación con la imposición de límites a la facultad de libre configuración legislativa. Así, tiene una “función *interpretativa* —sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales—, y una función *integradora* —provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores”.¹⁷ Estas funciones descritas se desprenden de la estructura del artículo 93 de la Constitución, como bien lo explica la Corte:

En cuanto a la forma de incorporación de los tratados al bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado dos vías:

(i) La primera consiste en la “integración normativa” en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución. Para ello se requiere que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción.

¹⁴ “La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad —es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento C.

¹⁵ Se agrega: “Además, en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto”. Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2009, MP: Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento 4.2. Esta providencia retoma a su vez el precedente establecido en sentencia C-028 de 2006, MP: Humberto Sierra Porto, y posteriormente utilizado en sentencia C-291 de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ En este sentido, véase Corte Constitucional, sentencia C-290 de 2012, MP: Humberto Sierra Porto.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento C.

Desde esta perspectiva su incorporación es *directa* y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta.

[...] En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 101 Superior, también hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados que definen los límites del Estado. *Así mismo, por mandato del artículo 214-2 de la Constitución, se incluyen aquí las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario.*

[...] (ii) La segunda forma de incorporación de tratados al bloque de constitucionalidad es como “referente interpretativo” y opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta. En este sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna.¹⁸

En relación con la función interpretativa, es importante poner de presente que en la aplicación de una disposición de derechos humanos tendrá lugar el mandato hermenéutico del principio *pro homine*, según el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”.¹⁹ Esta cláusula, consagrada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, establece el imperativo de seleccionar para la aplicación del caso la norma nacional o internacional que provea la mayor protección a los intereses jurídicos tutelados por la ley.

Es en este escenario donde encuentran utilidad los pronunciamientos de los organismos judiciales de protección de los derechos humanos. El mayor uso jurisprudencial

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2009, MP: Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento 4.2 (cursivas añadidas). También se ha precisado el sentido y el alcance de las funciones antes mencionadas del siguiente modo: “En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia”. Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 2001, MP(e): Rodrigo Uprimny Yepes, fundamento 12.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006, MP: Clara Inés Vargas Hernández, fundamento 3.2.4.

del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos reside en la función interpretativa, por cuanto existe, por lo general, coincidencia e identidad entre los derechos consagrados por una convención internacional y aquellos plasmados de forma directa en la Constitución. Cuando esta situación se presenta, la Corte Constitucional ha considerado:

Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte [...] Así, en relación con el primer caso — fusión —, ha de observarse que por lo general los tratados internacionales disponen que sus contenidos no pueden entenderse o interpretarse en contra de aproximaciones normativas más amplias. Esta regla se traduce en el ordenamiento interno en el principio de maximización de la esfera protegida por las normas constitucionales. Respecto del segundo caso — acoger interpretación oficial —, esta solución es necesaria por cuanto la interpretación conforme a un texto no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto.²⁰

4. El nuevo constitucionalismo en marcha: la acción de revisión en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Desde 2007, año en que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) decidió de fondo, por primera vez, una demanda de revisión por incumplimiento *manifiesto* del deber investigativo del Estado en asuntos de graves violaciones a los derechos humanos y DIH (artículo 192.4 de la ley 906 de 2004), ha tenido lugar un proceso de respuesta a diversos problemas jurídicos, entre los cuales se incluyen: a) la naturaleza y el efecto de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH), b) la legitimidad para el ejercicio de la acción de revisión, c) la aplicación de la ley procesal en el tiempo, en particular, de la causal de revisión materia de estudio. A continuación se explicará cada uno de estos puntos. Se trata, tal como se verá, de un proceso complejo, que no ha sido pacífico ni unívoco.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 2001, MP(e): Rodrigo Uprimny Yepes, fundamento 13.

4.1. La naturaleza y el efecto de las recomendaciones de la Com IDH

Respecto de la causal revisada, se tiene que, en razón a la jurisprudencia, en cuanto hace a las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), hay claridad en los operadores respecto de los efectos que ellas producen en el ordenamiento jurídico interno. Así, en decisión de la Sala de Casación Penal de la CSJ, se dice que la misma Convención Americana de Derechos Humanos establece que los fallos de dicha instancia judicial se caracterizan por ser “motivados, obligatorios, definitivos e inapelables”.²¹ De esta forma, si en un caso dado este órgano jurisdiccional comprueba un incumplimiento “protuberante” del Estado de su deber de investigación, ello es suficiente para acreditar la causal de revisión. En tal supuesto, la Sala Penal no tendrá necesidad de entrar a desarrollar mayores argumentos sobre la situación, por lo cual deberá proceder a dejar sin efecto las decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada y declarar fundada la causal de revisión.

Por el contrario, las decisiones que expide la Com IDH no tienen el mismo efecto vinculante que los fallos de la Corte IDH. Así, a manera de ejemplo, se encuentra la decisión de admisibilidad de un caso llevado ante la Com IDH, o el informe final que esta expide, en el cual se incluye una serie de recomendaciones para el Estado con el fin de remediar una situación litigiosa. Sobre el primer tipo de decisiones, la Sala Penal ya ha desestimado que ellas tengan la potencialidad de lograr la reapertura de un proceso penal en Colombia, dado que la admisibilidad solo exige un mínimo de condiciones formales y no supone un ejercicio investigativo de fondo que conduzca a una atribución de responsabilidad al Estado por violación de las disposiciones de la Convención Americana.²²

No sucede lo mismo con la expedición del informe final en un caso de violación de derechos humanos en el que la Com IDH formula recomendaciones al Estado infractor, entre las cuales puede estar la reapertura de procesos penales en contra de los presuntos responsables del crimen. En esta hipótesis, la Sala Penal ha entendido que

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez. Los artículo 63 y siguientes de la Convención Americana establecen las características mencionadas de las sentencias de la Corte IDH.

²² Es el caso del asesinato del periodista Nelson Carvajal Carvajal, cuya demanda de revisión fue inadmitida. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de abril del 2009, radicado 30689, MP: Julio Enrique Socha Salamanca.

tales recomendaciones habilitan a la corporación para iniciar un estudio de fondo sobre el caso, en el que se alleguen pruebas y se permitan alegatos de los sujetos procesales. Ello posibilita verificar la existencia de un incumplimiento en el deber investigativo del Estado.²³ Así lo ha establecido la Sala Penal:

En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la Comisión Interamericana, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país.²⁴

La Sala Penal agrega, en todo caso, lo siguiente:

Para la Corte es claro, en primer lugar, que la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la recomendación efectuada al Estado colombiano, habilita que ahora se decida de fondo la acción legítimamente instaurada por el Ministerio Público, pero, como se anotó atrás, no faculta automática la decisión revisora, pues, es menester que se demuestre, en el análisis concreto obligado de efectuar a la Sala, que efectivamente se presentó violación a garantías fundamentales, que afectaron la seriedad e imparcialidad de los juzgadores, violándose el principio del juez natural y afectando por contera los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.²⁵

²³ Para la Sala Penal, las recomendaciones formuladas por la Com IDH no conducen, por sí solas, "al Estado colombiano a anular, sin ningún tipo de análisis, la actuación ventilada ante la justicia penal militar, y a realizar, en consecuencia, una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

²⁴ Ibidem. Entre las providencias que confirmán esta postura, y solo como ejemplo, se mencionan las siguientes: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 9 de diciembre de 2010, radicado 26180, MP: Alfredo Gómez Quintero; sentencia de revisión del 24 de febrero de 2010, radicado 31195, MP: Sigifredo Espinosa Pérez; sentencia de revisión del 1 de abril de 2009, radicado 30689, MP: Julio Enrique Socha Salamanca.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

4.2. Legitimidad para impetrar la acción de revisión

La legitimidad en la acción de revisión es un asunto que tiene expresa regulación legal en los códigos de procedimiento penal.²⁶ De acuerdo con estos preceptos, cuya regulación es muy similar en las dos leyes de procedimiento penal ordinarias, la titularidad para incoar la acción extraordinaria de revisión se encuentra radicada en los sujetos procesales reconocidos dentro de la actuación penal que se pretende revisar y que, a su vez, hayan demostrado un interés jurídico para ello. (Se reseñan los dos estatutos procesales, ya que el sistema penal acusatorio entró a regir desde enero de 2005, pero progresivamente, de modo que en diversos distritos judiciales los códigos operaban de manera simultánea. Ello ha enriquecido sustancialmente, además, la discusión sobre favorabilidad.)

No obstante, en la práctica judicial no hubo solicitud, por la causal que se estudia, de sujeto procesal alguno que haya participado en la investigación y el enjuiciamiento materia de revisión. Resulta razonable que no sea el propio funcionario, sino el fiscal o procurador del caso —se descarta la presentación por la defensa—, el que solicite la revisión de una actuación procesal de la que estuvo encargado en otros tiempos, máxime si se considera el prolongado lapso transcurrido desde el fin del proceso hasta la demanda de revisión.

Por lo tanto, las demandas que en este sentido se han interpuesto ante la Sala de Casación Penal han sido promovidas por procuradores y fiscales delegados ajenos al procedimiento que pretende ser revisado. La base de su legitimidad no proviene de la disposición legal del Código de Procedimiento Penal, sino de una designación especial por comisión que de sus agentes hace el procurador general o el fiscal general, en ejercicio de sus funciones constitucionales.²⁷

De esta forma, sin importar si el funcionario tuvo presencia en la actuación cuya revisión se busca —entre otras razones porque para la época de los hechos ni siquiera existía la Fiscalía General de la Nación—, tendrá legitimación siempre y cuando haya sido comisionado para el efecto, bien sea por el procurador general o por el fiscal general.

²⁶ Ver el artículo 221 de la ley 600 de 2000 y el artículo 193 de la ley 906 de 2004.

²⁷ Refiriéndose a la legitimidad que le asiste al delegado de la procuraduría, la Corte sostuvo: "Sin embargo, en este particular asunto, la legitimidad del demandante deviene, no en razón a las funciones específicas que como sujeto procesal le asignan las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, sino como consecuencia de las facultades generales previstas en el artículo 277 de la Constitución Política". Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

Esta ha sido una postura pacífica, por decirlo así, en la jurisprudencia desde los primeros fallos de revisión por esta causal hasta la actualidad. Así lo ha sostenido la corporación:

Si bien la Fiscal Delegada no intervino en el curso de la actuación en la cual se profirieron las sentencias absolutorias de primera y segunda instancia, entre otras razones, porque para aquella época no se había creado la Fiscalía General de la Nación y por consiguiente, en ningún momento fue legalmente reconocida durante la actuación procesal, lo cierto es que la legitimidad del demandante en revisión no deriva de las funciones específicas que como sujeto procesal le asignan las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, sino de las facultades generales previstas en la Carta Política, de manera que si en su artículo 250 (modificado por el artículo 2.º del Acto Legislativo 003 de 2002) dispone que “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento”, y en desarrollo de tales facultades puede deprecar “la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”, además de solicitar “las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito”, es evidente que le asiste legitimidad para accionar en revisión con el propósito de asumir, entre otros, los referidos cometidos constitucionales.²⁸

4.3. Aplicación atemporal de la causal de revisión

Otro aspecto, por demás complejo, de los que se ha ocupado de manera reiterada la Sala de Casación Penal de la CSJ ha sido la posibilidad de aplicar retroactivamente la causal de revisión por falta de investigación seria e imparcial en caso de violación de los derechos humanos y de afectaciones graves al DIH. En efecto, muchos de los casos de revisión que llegaron a su conocimiento en aducción de esta causal tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la ley 600 de 2000; incluso se ha solicitado la revisión por hechos ocurridos desde principios de los años ochenta. Es decir, anteriores a la providencia del 2003.

De acuerdo con ello, el problema jurídico consistió en resolver si era procedente alegar la revisión de la actuación penal en amparo de la causal creada por la vía

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 22 de junio de 2011, radicado 32407, MP: María del Rosario González de Lemos. Esta providencia ratifica la postura sobre la legitimidad que le asiste al fiscal general y a su delegado, en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 22 de septiembre de 2010, radicado 30380, MP: María del Rosario González de Lemos.

jurisprudencial, por hechos acontecidos antes de los pronunciamientos judiciales referidos a ella, e incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Los fallos de constitucionalidad antes reseñados no aclararon a partir de cuándo producían sus efectos; por tanto, siguiendo las reglas de procedimiento de la Corte Constitucional, si esta no se pronuncia expresamente sobre su aplicación temporal, se entenderá que los efectos del fallo se producen hacia el futuro.²⁹

No obstante, la Sala de Casación Penal ha aplicado retroactivamente la causal de revisión contra las decisiones judiciales en los procesos penales en que se ha demostrado un incumplimiento protuberante del Estado en investigar seria e imparcialmente una violación a los derechos humanos y al DIH. La causal de revisión legal aplicada retroactivamente en algunas ocasiones ha sido la establecida en el artículo 192.4 de la ley 906 de 2004, y en otras la establecida en el artículo 220.3 de la ley 600 de 2000, conforme al alcance dado por la Corte Constitucional. De cualquier manera, se parte de la base de considerar que la causal de revisión en una u otra legislación es la misma y que, por consiguiente, puede ser aplicada de manera indiferenciada.

El principal argumento de la Sala Penal para adelantar una aplicación retroactiva de la ley procesal penal y de su estudio por la Corte Constitucional radica en el uso del bloque de constitucionalidad, que establece, según la interpretación más generalizada, una suerte de prevalencia de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia sobre el orden interno. (Esto por supuesto no es absoluto y está lleno de matices en la jurisprudencia sobre todo constitucional.) De hecho, así lo sostuvo la Sala Penal:

Se ofrece pertinente aclarar, que las disposiciones sobre revisión contenidas en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, resultan aplicables al caso, no obstante que los hechos en que se funda la demanda tuvieron lugar el 27 de febrero de 1999, es decir con anterioridad a su vigencia, incluso antes del proferimiento de la Sentencia C-004 de 2003 pues, como ha sido precisado por la Sala, “*lo relevante frente a dicha discusión no es la legislación vigente al momento de los hechos, sino el marco constitucional en el cual ocurrieron los mismos y se impulsó la investigación objeto de la acción de revisión*”.³⁰

²⁹ El artículo 45 de la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) dispone: “Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 6 de julio de 2011, radicado 29075, MP: José Leonidas Bustos Martínez (cursivas añadidas). Esta jurisprudencia ha sido reiteradamente confirmada, y aun

Sumado a un argumento de especial protección constitucional a las víctimas de los hechos punibles constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, y con base en la idea de la prevalencia de tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana, la Sala Penal ha resuelto incluso adelantar una aplicación retroactiva de la causal de revisión para casos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Esto último para resolver el argumento de una abogada defensora, de acuerdo con el cual no era clara la relación del orden interno con el derecho internacional bajo la Constitución de 1886, por la carencia de disposiciones como el artículo 93 de la actual Carta Política, relativo al bloque de constitucionalidad. Sobre el particular la Sala Penal dispuso:

Si se tiene claro que los hechos [...] ocurrieron con posterioridad a la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que integra la legislación interna a través del bloque de constitucionalidad, no cabe duda de la pertinencia de acudir a la causal que contempla el numeral 4.^o del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.³¹

Este es un tema de discusión que de hecho ha sido abordado por el Grupo de Estudios en diversas ocasiones: primero, se establece como marco de referencia la actual Carta Política; luego, para los casos en los que esta aún no había sido promulgada, el juez penal busca respuestas en tratados, allende la Constitución y la ley. Es un argumento supremamente complejo que, en sede de legalidad, puede propiciar justamente la ilegalidad.

Pese a ello, que ciertamente puede generar críticas a las decisiones de la Sala Penal, respecto de la aplicación retroactiva se ha entendido que sin esa opción la decisión misma de la Corte Constitucional y el uso de la propia causal serían casi inocuos. Así, se dice, por ejemplo:

[...] si bien es cierto que el juez constitucional no se pronunció sobre este punto en la sentencia, en opinión de algunos expertos, esto no constituye obstáculo para analizar el tema

extendida, entre otras, en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez; sentencia de revisión del 4 de abril de 2010, radicado 31091, MP: Jorge Enrique Socha Salamanca; sentencia de revisión del 9 de diciembre de 2010, radicado 26180, MP: Alfredo Gómez Quintero.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 24 de febrero de 2010, radicado 31195, MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

y llegar a conclusiones en uno u otro sentido. Para Eduardo Montealegre, ex magistrado de la Corte, es posible aplicar la nueva causal de acción de revisión para reabrir procesos fallados con anterioridad a la mencionada sentencia, en la medida en que no se desconocen los principios de favorabilidad e irretroactividad [...] Se está frente a la aplicación de una disposición normativa que ya existía en el ordenamiento jurídico, y cuyo alcance fue precisado por el tribunal constitucional, de acuerdo al principio *de interpretación conforme* a la Constitución.³²

5. Estudio de casos

5.1. Sentencia de revisión del 1 de noviembre de 2007: el inicio de la discusión jurídica en el juez penal de mayor jerarquía

A continuación se transcriben los hechos más relevantes del caso:

Aproximadamente a las diez y media de la noche del sábado 21 de marzo de 1998, los jóvenes Nelson Javier González Macana, Miguel Ángel León y Jorge Luis y Leydi Dayán Sánchez Tamayo, se encontraban departiendo en una esquina [...] en el sur de la ciudad de Bogotá, cuando se percataron de la llegada de varios vehículos, situación que les hizo colegir que se trataba de las “milicias” —grupos armados ilegales operantes en la zona— y por ello emprendieron veloz carrera, con el fin de ocultarse en un callejón, los dos primeros, y en su casa, ubicada cerca de allí, los hermanos Sánchez Tamayo. A diferencia de su consanguíneo, la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo no pudo llegar a su destino, ya que fue alcanzada por el proyectil de un arma de fuego, que le causó graves lesiones en el cerebro, provocándole la muerte horas más tarde en un centro asistencial.

Se pudo establecer que en realidad los vehículos que alertaron a los jóvenes mencionados, correspondían a la motocicleta en que se desplazaban los patrulleros [...] y la camioneta en que se movilizaban los agentes de policía [...] quienes acudieron al sitio por indicación de la central de radio, con el objeto de contrarrestar la supuesta acción de una pandilla juvenil armada [...] Se comprobó que primero arribó al sitio la motocicleta, de la cual descendió el patrullero [...], quien desenfundó su revólver de dotación y accionó contra los jóvenes que corrían, según explicó, para responder a varios disparos que provenían de la oscuridad. Se ocasionó la muerte de la menor, quien para esta fecha, contaba con 14 años de edad.

³² Claudia Redondo Polo, “Nuevas dinámicas del sistema interamericano de derechos humanos: ¿Hacia una des-constitucionalización del derecho penal?”, en *Debate Interamericano*, vol. 2, Bogotá, 2009, p. 53.

La investigación del caso correspondió a un juzgado de instrucción penal militar, que recibió testimonios y practicó demás material probatorio integrado al expediente, para luego remitirlo al juzgado de conocimiento de primera instancia del comando de policía de Bacatá. La Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía General de la Nación propuso conflicto de competencias positivo al considerar que el hecho delictivo no tenía relación con la función policial. El conflicto fue resuelto por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, asignando la competencia del caso a la jurisdicción penal militar.

Tiempo después, frente a la queja instaurada por las víctimas de la menor ante la Com IDH, este organismo internacional trató las diligencias tendientes a establecer la posible responsabilidad del Estado por el homicidio. Como resultado de su investigación, se declaró al Estado responsable por la infracción de las normas de la Convención que consagran los derechos a la vida, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, y a la protección judicial.

En el informe final de la Com IDH sobre el caso, se recomienda al Estado “realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo”.

Luego de recordar las consideraciones de la Corte Constitucional y de la propia Sala de Casación Penal de la CSJ sobre el fuero penal militar, en el sentido de que su aplicación es excepcional y estricta frente a las conductas punibles que prueben tener una relación directa con el servicio, la corporación concluyó:

[...] para la Sala asoma evidente que lo endilgado al procesado absuelto, no puede entenderse relacionado con el servicio que como agente de policía desempeñaba para el día de los hechos, así se realizará la conducta con ocasión de una dicha adscripción, pues, de ninguna forma es posible significar que dentro de esas funciones anejas a la condición policial que de él se releva, se halle la de atacar a una menor indefensa que de espaldas corre, dándole muerte con su arma de dotación.³³

Se debe añadir que este es ciertamente un caso emblemático, sobre todo por la ocurrencia de conflictos de competencia entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción

³³ Hay que aclarar que el litigio ante el sistema, en este caso, concluyó con un informe definitivo de conformidad con el artículo 51 de la Convención. Entre las recomendaciones de la Comisión cumplidas en este caso estuvo justamente el esfuerzo de la Sala Penal en el ámbito de justicia.

penal ordinaria. Es aquí donde ciertamente ha tenido lugar un gran margen de impunidad en casos graves. Reconstruir un caso, tal como lo ha hecho el autor de este escrito en el primer informe sobre incorporación del Estatuto de Roma al derecho interno, por ejemplo, en el cual haya operado la jurisdicción penal militar, es una tarea de años, ardua, difícil. Incluso hasta que el caso llegue ante la Sala Penal pueden transcurrir diez años, de modo que es un tema muy complejo, en el que el discurso sobre la impunidad se hace más concreto y menos retórico. Un gran porcentaje de casos —tal como se ve en este— en los cuales ha actuado la justicia penal militar terminan en sentencias absolutarias, sin una correcta fundamentación y haciendo caso omiso al material probatorio. Por ello, es un tema de la mayor sensibilidad nacional e internacional y respecto del cual el sistema interamericano se ha pronunciado reiteradamente. Ha existido, con razón, una especial preocupación respecto de dichos órganos.

5.2. Sentencia de revisión del 11 de marzo de 2009, radicado 30510, MP: Yesid Ramírez Bastidas, caso del general (r) Rito Alejo del Río

Pero la Sala Penal va mucho más allá incluso del hecho de que exista, como condición previa, la decisión de un organismo internacional, y en ella opera cierta discrecionalidad. Este es el caso siguiente, que se reseña, además, porque el sindicado fue condenado después, en el año 2012, por un juzgado de instancia. Se trata de un militar sobre el cual desde hace muchos años existen todas clase de denuncias por relación con grupos paramilitares.

La resolución de preclusión de la investigación adelantada contra el general (r) Rito Alejo del Río describía un contexto de violencia en la región del Urabá antioqueño y, en particular, sintetizaba los hechos por los que se lo investigaba, del siguiente modo:

El 11 de diciembre de 1995 asumió el Brigadier General RITO ALEJO DEL RÍO ROJAS el comando de dicha Brigada del Ejército Nacional, la cual comprendía los municipios de Mutatá, Chigorodó, Apartadó, Turbo, Necoclí, San Juan, Arboletes, San Pedro de Urabá, Río Sucio, Umpía y Acandí, todos ellos en la misma región violenta, donde actuaban desde los años ochenta las mencionadas organizaciones criminales.

En atención a que el mencionado oficial estuvo como comandante de dicha Brigada durante 1996 y 1997, se ha afirmado que éste pudo haber prestado colaboración a los “paramilitares”, mediante la omisión de procedimientos para combatirlos, facilitándoles medios para que pudieran actuar libremente y conformando agrupaciones de esa naturaleza.

Con este fundamento fáctico se tomó la decisión de abrir sumario contra el General (r) DEL Río el 21 de julio de 2002, se le oyó en indagatoria y se le definió su situación jurídica a través de resolución fechada 29 de mayo de 2003, por la cual se abstuvo el Despacho de dictarle medida de aseguramiento. Vencido el término máximo que permite la ley para instruir se declaró cerrada la investigación, por lo que corresponde calificar el mérito probatorio de ésta.³⁴

En la mencionada resolución, la fiscalía resolvió la situación jurídica del procesado absteniéndose de dictar medida de aseguramiento y, vencido el plazo para la etapa instructiva, se decretó la preclusión de la investigación a favor del procesado, por los delitos de concierto para delinquir, peculado sobre bienes de dotación y prevaricato por omisión. En esta providencia, la fiscalía consideró que no existía prueba suficiente para acusar al procesado por los mencionados delitos. No obstante, en el año 2009, por prueba testimonial sobrevenida ventilada en las versiones libres de Justicia y Paz rendida por los jefes paramilitares Salvatore Mancuso, alias *HH* y alias *el Iguano*, el procurador delegado solicitó la revisión de la preclusión de investigación a favor del general (r) Rito Alejo del Río en ejercicio de la causal 3.^a de la ley 600 de 2000, esto es, por prueba nueva no conocida al tiempo de los debates.

En la sustentación de la demanda, el procurador judicial sostuvo que, si bien la revisión solicitada se dirigía contra una decisión judicial absolutoria en un proceso penal (a) por graves violaciones a los derechos humanos (b), en el presente caso no existía pronunciamiento de un organismo internacional de protección de los derechos humanos que diera cuenta del incumplimiento protuberante del Estado en investigar las infracción (c). Antes bien, la causal de revisión bajo la cual se amparó la demanda era una especie de híbrido entre la interpretación constitucional dada por la Corte Constitucional y el texto legal original, que establece la procedencia por prueba nueva o hecho nuevo no conocido al tiempo de los debates.

La Sala Penal declaró fundada la causal de revisión. Así, argumentó la Sala:

8.7. Y en tanto los crímenes cometidos por los paramilitares constituyen delitos de lesa humanidad, no es posible que la jurisdicción se mantenga al margen de dicha realidad cuando prueba y hechos nuevos dan cuenta de servidores públicos que prevalidos de su condición contribuyeron por acción y omisión en la preparación y ejecución de crímenes de tal naturaleza. Lo anterior es así porque las especiales funciones que cumple la Sala de Casación Penal en los

³⁴ Cursivas añadidas.

términos de la Constitución y la ley, entre las que sobresale el mandato de pronunciarse en busca de la efectiva protección de los derechos constitucionales y el control de legalidad de los fallos, le fincan su razón de ser en la efectividad de tal cometido.

8.8. Ante tal circunstancia debe entenderse que la causal de revisión invocada es procedente a pesar de no satisfacerse el requisito del pronunciamiento de una autoridad judicial interna o una decisión de instancia internacional, exigencias que para el caso concreto resultan suplidadas por la intervención como accionante de la Procuraduría General de la Nación, institución que por mandato de la Carta le corresponde la guarda y protección de los derechos humanos y que por expreso querer del legislador tiene atribuida la representación de las víctimas en los asuntos de Justicia y Paz.³⁵

Agrega la Sala, finalmente:

[...] como quiera que el militar procesado ha rendido descargos por un delito de lesa humanidad, la consecuencia inmediata para el orden jurídico interno consiste en evitar a toda costa la impunidad de los crímenes presuntamente cometidos y con ello, mostrar a la comunidad internacional que no es necesaria la intervención de la justicia penal internacional porque Colombia sí está en capacidad de juzgar e imponer las consecuencias punitivas establecidas en la ley penal nacional a los responsables de tales delitos.

5.3. Sentencia de revisión del 18 de marzo de 2009, radicado 28 860, MP: Julio Enrique Socha Salamanca, caso Masacre de Mondoñedo

En el caso *Masacre de Mondoñedo*, un grupo de oficiales de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol (DIJIN) de la Policía Nacional, en seguimiento de los integrantes de una red urbana de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) que habían perpetrado un atentado contra la estación de policía de Kennedy, dieron muerte, fuera de combate, a los miembros responsables del hecho terrorista e incineraron los cuerpos para perder todo rastro de evidencias.

Realizadas las investigaciones, se vinculó al proceso penal a los oficiales, incluido un teniente que por la época de los hechos estaba a cargo del grupo especial de la DIJIN encargado de hacer los rastreos de inteligencia a las milicias urbanas responsables del mencionado hecho. Al no encontrar prueba directa contra el mencionado oficial, sino solo

³⁵ Cursivas añadidas.

prueba indiciaria considerada insuficiente, la fiscalía decidió precluir la investigación en su favor y llamar a juicio a los demás oficiales integrantes del grupo de inteligencia.

Mientras se desarrollaba el juicio contra el grupo de oficiales, un oficial rindió testimonio en el cual se incriminaba, entre otras, la responsabilidad del teniente absuelto. La prueba testimonial fue apreciada con trascendencia en los fallos condenatorios de los oficiales y con base en ella se solicitó la reapertura de la investigación en contra del teniente absuelto. Sobre la causal de revisión alegada —esto es, prueba nueva o hecho nuevo, no conocido al tiempo de los debates judiciales y reconocido por un pronunciamiento judicial interno— la Sala Penal sostuvo:

[...] no se requiere que la decisión judicial interna o que un organismo internacional declare que el Estado colombiano incurrió en omisión protuberante en la investigación de hechos violatorios de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, sino la concurrencia *ex novo* de un hecho o prueba que de haberse conocido antes de proferir la decisión que culminó con la terminación del proceso, hubiera determinado una decisión opuesta a aquella.

Sin embargo, el hecho o la prueba nueva que concurre con posterioridad a la decisión que puso fin al proceso debe estar constatado o, dicho otro modo, haberse verificado en la decisión judicial interna o del organismo internacional, es decir, no puede aparecer solo, sino que ha debido ser objeto de valoración y fundamento de la misma, independientemente de su sentido (condenatorio o absolutorio), como forma de comprobación de su contenido, que inexorablemente debe tener una relación estrecha con los hechos investigados en el proceso cuya revisión se persigue.

La Sala Penal ha reiterado su jurisprudencia sobre la acción de revisión en numerosos casos, todos complejos y difíciles.³⁶ A los casos expuestos se agrega uno más reciente

³⁶ A continuación se reseña un listado de providencias de revisión bajo la causal estudiada, para el lector que tenga interés en profundizar en el estudio de casos: sentencia de revisión del 1 de noviembre de 2007, radicado 26 077; sentencia de revisión del 16 de diciembre de 2008, radicado 28 476; sentencia de revisión del 17 de septiembre de 2008, radicado 26 021; sentencia de revisión del 6 de marzo de 2008, radicado 26 703; sentencia de revisión del 14 de octubre de 2009, radicado 30 849; sentencia de revisión del 11 de marzo de 2009, radicado 30 510; sentencia de revisión del 18 de marzo de 2009, radicado 28 860; sentencia de revisión del 1 de abril de 2009, radicado 30 689; sentencia de revisión del 19 de agosto de 2009, radicado 26 657; sentencia de revisión del 9 de diciembre de 2010, radicado 26 180; sentencia de revisión del 4 de abril de 2010, radicado 31 091; sentencia de revisión del 24 de febrero de 2010, radicado 31 195; sentencia de revisión del 22 de septiembre de 2010, radicado 30 380 (caso *Masacre de Trujillo*); sentencia de revisión del 31 de agosto de 2011, radicado 35 907; sentencia de revisión del 31 de agosto de 2011, radicado 28 477; sentencia de revisión del 22 de junio de 2011, radicado 32 407; sentencia de revisión del 6 de julio de 2011, radicado 29 075.

que de nuevo coloca en entredicho la actuación de la justicia penal militar, tanto más en un país donde el conflicto armado interno pervive en diversos territorios.

En enero de 1994, dos compañías del Ejército Nacional ejecutaron operaciones militares en el municipio de Saravena, Arauca. Una de ellas acordonó el área de un caserío y la otra ingresó en el poblado, donde mató a nueve civiles. Por estos hechos fueron procesados en la justicia militar el teniente y otros soldados, acusados del delito de homicidio agravado a título de coautores. El consejo verbal de guerra que conoció de la acusación dispuso su absolución y declaró la contraevidencia, lo cual fue confirmado por el tribunal superior militar en el grado jurisdiccional de consulta. Luego, como narra la providencia:

[...] se convocó entonces por Resolución de octubre 15 de 1996 un nuevo Consejo Verbal de Guerra contra los mismos sindicados acusados como coautores de los delitos de homicidio agravado, siendo la veredicción otra vez absolutoria. Por tal razón, el Juzgado de Primera Instancia en sentencia de noviembre 22 de 1996, no obstante considerar que el veredicto del jurado de conciencia contrariaba abiertamente la realidad procesal, absolvió a los enjuiciados.

Este fallo también fue confirmado por el tribunal penal militar.

Con base en el informe 61 de 1999 emitido por la Com IDH, en el cual se recomendaba al Estado colombiano iniciar una investigación seria, imparcial y eficaz para juzgar y sancionar a los responsables, el Ministerio Público impetró la acción de revisión. La Sala Penal declaró fundada la acción de revisión; constató, además, cómo el caso configuraba una violación al derecho internacional humanitario en escenarios propios de conflicto armado interno, en tanto se produjeron asesinatos de civiles.

En razón a que el caso fue investigado y juzgado por la justicia penal militar, la Sala Penal volvió sobre la jurisprudencia constitucional que establece la excepcionalidad del fuero militar para determinar los delitos bajo su competencia. Luego de un análisis basado en estas premisas para el caso concreto, encontró que los delitos de este tipo no tienen relación directa con el servicio. Por lo tanto, se configuró una violación al principio de juez natural, suficiente para tener acreditada la falta de imparcialidad y seriedad de la investigación.³⁷

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 20 de junio de 2012, MP: Luis Guillermo Salazar Otero.

Un hecho fundamental destacado por la Sala Penal refleja lo que en Colombia se ha denominado *falsos positivos* en la guerra: la muerte fuera de combate de civiles inocentes con el propósito de obtener beneficios en la confrontación, ya que se suponen *positivos*, o sea, muertes de enemigos en combate. Es un problema extremadamente grave; se han denunciado miles de hechos como estos, respecto de los cuales el Estado colombiano tiene que seguir impulsando su investigación y juzgamiento. La Sala revela, de hecho, una de sus características más deplorables:

La escena en relación con los demás fallecidos se evidenció manipulada al punto de im-plantarse en la misma algunas armas, eso sin contar con la prueba testimonial que sugiere que las muertes de José del Carmen Salcedo, Ciro Blanco y Adolfo Calderón pudieron acaecer en situación de absoluta indefensión y sin que mediare confrontación alguna, o con la prueba do-cumental que permite establecer que Iván Lozano supuestamente portaba una escopeta, pero en relación con la misma nada fue incautado que hubiere permitido colegir que fue disparada. Lo anterior pone en tela de juicio que la muerte de los 9 civiles haya obedecido a una confrontación bética, en la cual los agentes del Estado hicieron uso de la fuerza. De modo que en principio puede estarse ante graves afectaciones de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario a que hacen relación los citados informes de la Comisión Interamericana y que ameritan investigarse.

6. La reforma constitucional al fuero penal militar: un retroceso mayor en la persecución penal nacional de crímenes internacionales

Varios de los casos reseñados, y particularmente el último, son relacionados directamente con una decisión del Parlamento colombiano muy compleja, sumamente discutida y criticada en la comunidad jurídica, en especial por la comunidad de derechos humanos. Se trata de la reforma, por vía constitucional, del fuero penal militar. Un análisis exhaustivo de esta excede los límites del presente informe; no obstante, se harán referencias puntuales a sus aspectos más problemáticos, teniendo en cuenta los antecedentes narrados de innumerables muertes de civiles inocentes o de violaciones en general al derecho internacional humanitario.

Se trata del acto legislativo 2 de 2012, “por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”. La reforma se presentó socialmente, con el “objeto brindar garantías a los miembros de la Fuerza Pública a través

de la creación de nuevas autoridades en materia penal y por medio de una serie de modificaciones al denominado fuero penal militar". Para el informe, es relevante estudiar el artículo 3.º del proyecto de acto legislativo, que modifica el artículo 221 de la Constitución Política, el cual dispone:

Artículo 3º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de *lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado*. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, *excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir*.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.³⁸

En primer lugar se señala que, si bien el listado de delitos que se excluyen del conocimiento de la justicia penal militar comprende en gran parte aquellos hechos que por su desvinculación del servicio legítimo de la fuerza pública no pueden ser del conocimiento de esta, no es del todo correcto realizar enunciaciones taxativas de este tipo situaciones, por cuanto lo importante para determinar la competencia no es la observancia de un

³⁸ Cursivas añadidas.

listado, sino la relación del delito con el ejercicio legítimo de las funciones de la fuerza pública. Así, si se comenten violaciones a los derechos humanos y al DIH que revisten gravedad y se distancian claramente del servicio, aun cuando no se encuentren en el listado de delitos enunciados en el referido artículo deberían ser de conocimiento de la justicia penal ordinaria.³⁹

De otra parte, también se deben señalar algunas imprecisiones técnicas que contiene el citado acto legislativo. Como ejemplo relacionado con casos reseñados en el presente escrito, se excluyen del fuero penal militar aquellas acciones que constituyen “ejecuciones extrajudiciales”, cuando en Colombia no existe ningún tipo penal denominado *ejecución extrajudicial*. Este es un concepto más de carácter sociológico o que hace parte del lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, los operadores tendrán que hacer elaboraciones más allá de las disposiciones propiamente penales, para excluir estas acciones.

Se entiende, desde luego, que los casos denominados *falsos positivos*, que han sido concebidos también como ejecuciones extrajudiciales, quedan terminantemente excluidos del fuero penal militar. Pero, se repite, no deben incluirse nociones que no constituyen delitos en sí mismos. Una ejecución extrajudicial es, en contextos de conflicto armado, un homicidio en persona protegida, y como tal debe imputarse y excluirse de la jurisdicción penal militar.

Respecto del acto legislativo, debe adelantarse una última reflexión en cuanto a la autoridad en cabeza de la cual recae la responsabilidad de inspeccionar la escena del crimen. Al respecto debe señalarse un principio fundamental: la policía judicial es de naturaleza civil. Las fuerzas armadas no pueden, por tanto, ejercer funciones de policía judicial en la preservación de la escena del crimen. En este sentido, ha establecido la Corte Constitucional:

Ha de recordarse que el proceso penal requiere para adelantarse la realización de una labor investigativa, razón ésta por la cual la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial se la confió la Constitución de manera específica a la Fiscalía General de la Nación, ya sea que ella se realice en forma permanente por la Policía Nacional o por los demás organismos que

³⁹ Al respecto se puede observar la sentencia de la Corte Constitucional C-878 de 2000, MP: Alfredo Beltrán Sierra, aparte 4.2.3. En este mismo sentido se debe observar la forma en la cual se encuentra actualmente redactado el artículo tercero de la ley 1407 de 2012, que precisamente por la correcta forma en la que consagra el alcance del fuero penal militar fue declarado exequible por la sentencia C-469 de 2009, MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

señale la ley [...]. Como salta a la vista, quienes desempeñan las funciones de policía judicial de manera permanente son civiles, como quiera que las instituciones mencionadas no pertenecen a las fuerzas armadas y a éstas no es dable imaginarlas actuando bajo la dirección y la responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, pues ésta pertenece a la rama judicial y ellas a la rama ejecutiva del Estado.⁴⁰

El artículo 1.^o del acto legislativo en comento adiciona una serie de incisos al artículo 116 de la Constitución Política y crea un “Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal”, el cual tiene las siguientes funciones:

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.
2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.
3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.
4. Las demás funciones que le asigne la ley.

Más allá de analizar la pertinencia de este tribunal, de sus funciones, su conformación y su funcionamiento, se pone de presente que no ha existido claridad, ni en el debate legislativo ni en el texto final del acto, respecto de cómo va a funcionar el levantamiento de los cadáveres de las personas muertas en combate o de presuntos combates, cuál será la autoridad encargada de ello, cómo se van a asegurar los elementos probatorios que de allí se obtengan, y la manera en que estos se presentarán ante el nuevo Tribunal de Garantías Penales.

El acto legislativo reseñado establece que “excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial”, pero solo intervendrá de forma excepcional para aquellos casos en los cuales exista duda respecto de la competencia, y siempre su intervención será posterior al levantamiento inicial y una vez que se suscite el conflicto de competencia, el cual, como lo establece el proyecto, será resuelto por el Tribunal de Garantías.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1024 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

Es un tema que seguramente será regulado a través de la ley estatutaria mencionada en el artículo 3.º del acto legislativo bajo estudio, la cual también “determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario”. En cualquier caso, se pone de presente que la cuestión de las funciones de la policía judicial en escenarios de conflicto armado es especialmente delicada y que, con fundamento en la jurisprudencia constitucional y en las directivas 10 y 19 de 2007 del Ministerio de Defensa, se debe respetar el carácter civil de la policía judicial, pues de ello dependerá en gran parte la seriedad y la imparcialidad de los ulteriores juzgamientos.

Como se ve, se trata de un tema fundamental en la reflexión que ocupa este informe. La reforma ha sido concebida en contravía de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos y ha suscitado debates serios frente a la comunidad internacional. Ha de esperarse que los operadores le den un sentido absolutamente restringido en la práctica; de lo contrario, deberá preverse, casi fatalmente, la instauración permanente de la acción de revisión para casos que, con la jurisprudencia existente, no deben ocasionar nuevos conflictos de competencia y la consecuente cuota perversa de impunidad.

EL IMPACTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE Y LA COMISIÓN INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA DE COSTA RICA

Alfredo Chirino Sánchez

RESUMEN. Este artículo discute la trascendencia de las resoluciones de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico costarricense, de la mano de tres importantes fallos que han tenido efecto directo en la praxis de los tribunales y en la actividad del legislador. Se analizan en especial la sentencia en el caso *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, la denominada sentencia sobre la *Fecundación in vitro* y, finalmente, la opinión consultiva sobre el tema de la colegiación obligatoria de los periodistas. De estos fallos merece especial atención el del caso *Mauricio Herrera*, no solo por sus efectos inmediatos en la actividad del legislador nacional, sino por los posibles efectos que tendrá y ha tenido en otros ordenamientos jurídicos. En el 2004 Costa Rica fue condenada por la Corte IDH por violentar el artículo 8.2.h de la CADH. Luego de diversos plazos para el cumplimiento, hace dos años logró satisfacer los requerimientos del tribunal interamericano. Sin embargo, enfrenta retos por el radical cambio de impugnaciones en materia procesal penal que fue consecuencia de ese fallo condenatorio, el único caso contencioso en la historia del país. A esa influencia jurídica penal refiere el presente trabajo.

Palabras clave: Convención Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, régimen de impugnaciones, reforma procesal penal, fertilización *in vitro*, opinión consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas, libertad de expresión.

ABSTRACT. This essay discusses the effects of the Inter-American Court of Human Rights' resolutions on the Costa Rican legal system, based on three important decisions of the Court that impacted directly on judicial practice and the legislative agenda. The three cases analyzed are: *Mauricio Herrera v. Costa Rica*, the so-called *In Vitro Fertilization* case and lastly, the Advisory Opinion on Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism. The *Mauricio*

Herrera v. Costa Rica case deserves special attention, not only for its immediate effects on the legislative agenda, but also for its influence on other Latin American legal systems. In 2004, Costa Rica was condemned by the Inter-American Court of Human Rights for violating Article 8.2.h of the American Convention on Human Rights. After several periods for compliance, Costa Rica was able to fulfill the requirements of the Inter-American Court two years ago. However, it still faces challenges due to the changes in criminal procedure that derived from this conviction, which is unique in the country's history. This article deals with the consequences of that judgment.

Keywords: American Convention on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, appeals mechanisms, criminal justice reform, in vitro fertilization, Advisory Opinion on the Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, freedom of speech.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag diskutiert am Beispiel von drei wichtigen Urteilen mit direkten Auswirkungen auf die Arbeit der Gerichte und des Gesetzgebers die Bedeutung der Beschlüsse des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte für die Rechtsordnung Costa Ricas. Im Einzelnen wird auf das Urteil im Fall *Mauricio Herrera gegen Costa Rica*, die als Urteil zur *künstlichen Befruchtung* bekannte Entscheidung und das Gutachten zur Pflichtmitgliedschaft von Journalisten in einem Berufsverband eingegangen. Dabei verdient der Fall *Mauricio Herrera* nicht nur wegen seiner unmittelbaren Auswirkungen auf die Arbeit des Gesetzgebers auf nationaler Ebene, sondern auch aufgrund der möglichen Auswirkungen, die er in anderen Rechtsordnungen haben wird oder bereits gehabt hat, besondere Aufmerksamkeit. 2004 wurde Costa Rica wegen der Verletzung des Artikels 8.2.h. der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) vom Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt. Nach Ablauf mehrerer Fristen zur Umsetzung gelang es vor zwei Jahren, den Vorgaben des interamerikanischen Gerichts gerecht zu werden. Die grundlegenden Veränderungen hinsichtlich der Anfechtung im Strafprozessrecht, die sich für Costa Rica aus der Verurteilung in diesem bisher einzigen Streitfall seiner Geschichte ergeben, bringen allerdings neue Herausforderungen mit sich. Diese Folgen für das Strafrecht sind Gegenstand dieses Beitrags.

Schlagwörter: Interamerikanische Menschenrechtskonvention, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Anfechtungssystem, Reform des Strafprozessrechts, künstliche Befruchtung, Gutachten zur Pflichtmitgliedschaft von Journalisten in einem Berufsverband, Meinungsfreiheit.

1. Introducción

En el presente artículo se realiza un recorrido por las diferentes sentencias que han llevado al Estado de Costa Rica a estar frente a la instancia interamericana de derechos humanos. Esos fallos se han cumplido cabalmente y surten efectos en el ordenamiento jurídico y en la propia cultura costarricense.

Básicamente podemos hablar de tres casos concretos. El primero es *Mauricio Herrera contra Costa Rica*. El principal efecto de este fallo puede denotarse a partir de un cambio medular en el sistema de casación que existía en Costa Rica desde inicios del siglo XX, y que se traduce ahora no solo en la creación de tribunales de apelación de sentencia penal, sino también en un nuevo significado que se ha intentado darle al principio de la doble instancia, y al papel de la jurisdicción para determinar errores en la aplicación del derecho, la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados en una sentencia penal. Los efectos del fallo empezaron a sentirse no solo a partir de su dictado, sino años después, cuando hubo una actividad intensa del legislador dirigida a cumplir con lo que se creía eran los aspectos más esenciales requeridos por los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para dar cumplimiento a la mencionada sentencia.

El segundo caso a evaluar está constituido por la condena a Costa Rica por la prohibición de la fertilización in vitro. La Sala Constitucional costarricense, en el 2000, había emitido una sentencia en la que se declaraba inconstitucional el decreto que regulaba este tipo de método de reproducción asistida, además de esbozar que la fecundación in vitro era incompatible con las leyes del Estado costarricense, entre ellas el artículo 21 constitucional, que protege la vida humana y la declara inviolable, y el 31 de la Legislación Civil, que protege la vida desde 300 días antes del nacimiento.

La Sala realizó en su momento una posible interpretación de los alcances de los términos *vida humana* y *concepción*, según los diferentes tratados internacionales, interpretación que fue discrepante con la utilizada por la Corte IDH en su fallo. Ante tal desavenencia de criterios, la Corte IDH terminó por condenar al Estado costarricense por un sometimiento indebido de la esfera privada de las personas, además de transgredir su derecho a fundar una familia, aunado ello con sus derechos reproductivos y su integridad física y mental.

Al ser tan reciente esta sentencia, aún no se logra dimensionar sus frutos. Sí es menester mencionar que la Asamblea Legislativa ha hecho un llamado para aprobar lo

más pronto posible una ley que permita regular tal método de fecundación asistida, de forma compatible con el pronunciamiento de la Corte IDH y con la legislación interna de Costa Rica. Ya el pasado 20 de enero las autoridades de salud cumplieron lo ordenado por la Corte, y el fallo salió publicado en uno de los periódicos más vendidos del país.

Un tercer caso a estudiar es la incorporación obligatoria de los periodistas a su respectivo colegio. Hubo una opinión consultiva brindada por la Corte IDH en el año 1985, por petición del propio gobierno costarricense, que es necesario contraponer con el caso *Schmidt contra Costa Rica*, de 1984, en el que la Corte IDH manifestó criterios distintos. En el caso *Schmidt* consideró que la obligatoriedad de la incorporación al colegio era compatible con el artículo trece de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), mientras que en la resolución posterior cambió su criterio y decidió que la obligación era contraria a la Convención. Por su puesto que ante dos interpretaciones tan diversas los resultados fueron diversos también.

2. De la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica

En uno de los momentos más importantes para la historia de la vigencia de los derechos humanos en América Latina, se suscribió en San José (Costa Rica) la CADH,¹ también llamada Pacto de San José de Costa Rica. Esta declaración constituye una fuente de derecho para los habitantes de los Estados parte que aceptaron suscribirla.

Todo el derecho internacional reposa sobre la premisa de su obligatoriedad, por lo que las naciones deben de aceptarlo y practicarlo; de lo contrario sería un ámbito de conceptos vanos de los cuales no se podría decir más que las palabras que lo denotan y connotan.

Como sabemos, el derecho internacional de los derechos humanos no solo se interesa por establecer reglas para los Estados, sino también —y en esto consiste su especialidad— en el reconocimiento de derechos del ser humano frente a esos Estados. En virtud de razones de bien común, los Estados, al suscribir tratados y convenciones en

¹ Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, 9 ILM 99 (entrada en vigencia el 7 de abril de 1970).

materia de derechos humanos, se comprometen no solo a hacerlos realidad sino también a garantizar su aplicación para los individuos en su jurisdicción.²

La CADH ha adquirido un indudable valor para inspirar la legislación de los Estados y para exigir el cumplimiento del catálogo de derechos que contiene. Su carácter de fuente de derecho, de esencia indiscutible, se asienta en su naturaleza de costumbre internacional, pero, además, en su ratificación legislativa como norma interna obligatoria.

2.1. De la costumbre internacional como fuente y sustento del derecho internacional

En primer lugar, entendemos que la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados forja el cimiento de la costumbre internacional. Esta convención ha estipulado, como consecuencia del artículo 26, el principio *pacta sunt servanda*, el cual significa llanamente que lo pactado debe ser cumplido.

El cumplimiento de los preceptos no debe ser entendido como una imposición forzosa del derecho internacional público sobre los Estados parte de un tratado, convenio o declaración. Por el contrario, se lo debe entender como una consecuencia de la buena fe, como el mismo artículo menciona, y de la libre voluntad de pactar el cumplimiento de una disposición internacional como nueva fuente de derecho nacional.

Además, ante la comunidad internacional no hay normativa o disposición interna que deba entenderse como fuente de derecho internacional, por lo que, por ejemplo, una constitución política no es excusa para incumplir la Convención de Viena. En consecuencia, al suscribir y ratificar un instrumento jurídico internacional no se puede invocar una disposición interna de las naciones para dejarlo sin aplicación. Esto ha sido entendido por el artículo 27 de la Convención de Viena y, al igual que el cumplimiento de buena fe, es parte de la costumbre internacional.

La única excepción a esta regla es la consagrada en el artículo 46 de la Convención de Viena, el cual estipula que solo en el caso de que una disposición internacional se contraponga objetiva y manifiestamente contra una disposición interna trascendental en la estructura política del Estado parte debe rechazarse la disposición internacional. Es una excepción de difícil aplicación, por cuestiones básicas de axiología jurídica,

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, con ocasión del tema de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos.

pues el orden jurídico internacional suele reposar sobre bases valorativas y dogmáticas humanitarias.

Esto nos conduce naturalmente a la idea de que tanto la CADH como la jurisdicción que de ella emana, la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH), son aceptadas y nos vinculan como Estado parte a sus disposiciones y a los efectos jurídicos que de sus decisiones surjan.

2.2. De la ratificación y aceptación del derecho internacional como derecho interno

En el caso del ordenamiento jurídico costarricense, en modo alguno podría sostenerse que el derecho internacional es inaplicable por exógeno, pues la Constitución Política³ en su artículo 7, en concordancia con el artículo 121, inciso 4.º, prescribe como función de la Asamblea Legislativa ratificar las suscripciones de derecho internacional en las que el país tome parte. De esa manera, las normas de los tratados, convenios y declaraciones integran nuestro derecho interno y son autoejecutables, como las leyes de la República, pero incluso con una jerarquía superior a la ley por mandato constitucional.

Sobre la autoejecutoriedad⁴ de la CADH se debatió en su momento, puesto que el entendimiento de su aplicabilidad se polarizó. Por un lado se entendía que debía ser ejecutada mediante una serie de reformas legales internas de una manera programática (la postura norteamericana); sin embargo, la mayoría de las naciones entendió que, una vez ratificada la Convención, en el ámbito interno de los países esta mantiene su viva voz y es ejecutable *per se*, postura que la práctica derivó en razón.

Por ende, Costa Rica, mediante ratificación legislativa de los aparatos internacionales, introduce estas normas del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, por lo que ya no requieren de una programación legislativa compleja para ser oponibles. Son oponibles con su viva letra desde el momento en que se ratifican y publican (entran en vigencia).

³ Constitución Política de la República de Costa Rica del 22 de noviembre del 1949. Véase <http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Documentos%20compartidos/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Costa%20Rica.pdf>.

⁴ Acerca de la discusión sobre la autoejecutoriedad de la CADH véase Javier Llobet, *Derecho procesal penal*, tomo I, San José (Costa Rica): Editorial Jurídica Continental, 2001.

Por ello, en el caso de Costa Rica (y de la mayoría de las naciones) no debe entenderse que el derecho internacional es una cuestión exógena, pues la ratificación de un tratado lo convierte en fuente interna de derecho de los Estados parte, y los derechos que consagre son tan exigibles como las leyes internas.

Toda la interpretación del derecho internacional que se ha forjado en la comunidad internacional y que se ha aceptado en Costa Rica nos vincula de una manera directa en la recepción y aceptación de la jurisdicción de los órganos interamericanos de derechos humanos, pues al aceptar la CADH se ha aceptado a la Corte IDH como su intérprete oficial. Es esta entonces un tribunal externo que con sus pronunciamientos nos vincula en el ámbito interno, y una fuente de nutrición para las prácticas judiciales internas (cuestión que merece análisis y reformas prácticas judiciales nacionales).

2.3. La dimensión constitucional del derecho internacional

Es importante comentar la dimensión que nuestro intérprete oficial de la Constitución Política ha dado a los instrumentos internacionales, entre los cuales se encuentra la CADH.

Desde 1989 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dado una dimensión más práctica al derecho internacional en Costa Rica. Las premisas en que se sustenta esta aseveración son:

1. Por un lado, la jurisprudencia que genera este tribunal constitucional tiene efectos *erga omnes*, por lo que su cumplimiento es obligatorio y vincula a toda persona, tanto pública como privada
2. Por otro lado, en múltiples fallos y de manera repetida y constante, la Sala ha sido enfática en reconocer el principio *pro libertatis* y el principio *pro homine*⁵ dentro de esa jurisprudencia vinculante. Estos principios son las premisas humanitarias en las que se sustenta todo el ordenamiento jurídico internacional.

El principio *pro libertatis* aboga por una interpretación extensiva de todo lo que consagre libertades y procura, en esencia, que se interpreten restrictivamente las normas que las limiten. El principio *pro homine* reposa sobre la idea de que el derecho debe ser interpretado y aplicado de la manera que más favorezca al ser humano, entendido como

⁵ Voto 3550, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 3550, de las 16 horas del 22 de noviembre de 1992. Considerando reiterado en múltiples ocasiones.

merecedor de dignidad y de bienestar (o al menos de condiciones mínimas para desenvolverse sin obstáculos vitales).

La Sala Constitucional al respecto ha dictado fallos trascendentales, en los que incluso ha reconocido el llamado *soft law* como fuente exigible de derechos; por ejemplo, cuando reconoce el Convenio 169 de la OIT, donde toma reglas y sugerencias no vinculantes para generar su jurisprudencia *erga omnes* en favor de los derechos de los pueblos indígenas.⁶

El *leit motiv* de la doctrina que ha promovido la Sala Constitucional es que los tratados internacionales, en tanto consagren derechos, están al más alto nivel de las fuentes del derecho, e incluso, como consecuencia de su interpretación sobre el principio *pro homine*, podrían estar en un nivel supraconstitucional.

Ha sido la Sala Constitucional una verdadera guardiana del respeto por la libertad y los derechos humanos, al reconocer en reiteradas ocasiones los derechos de los seres humanos en su jurisprudencia. Los ejemplos son muchos y no viene al caso enumerarlos y describirlos detalladamente. Lo importante es que sin duda alguna ha pasado de ser una estricta sala encargada del control de constitucionalidad a convertirse, mediante su interpretación, en un tribunal del más alto nivel que aplica el control de convencionalidad, y con ello ha hecho respetar no solo las normas vinculantes sino también las sugerencias y directrices de la comunidad internacional en lo que favorezca al ser humano y su dignidad.

Tanta ha sido la expansión interpretativa de la Sala Constitucional en su jurisprudencia que ha entendido que las opiniones consultivas de los órganos interamericanos de derechos humanos se tornan vinculantes para el solicitante. Este extraño *ornitorrinco* interpretativo ha generado incertezas en los operadores del derecho.

Tal mandato se encuentra incluso en contra de la naturaleza de las opiniones consultivas, mismas que, si bien generan efectos jurídicos, no son de obligatorio cumplimiento; pero a raíz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en Costa Rica, incluso en contra de la postura de la propia Corte IDH, sí se tornan vinculantes. La causa de esto fue un controversial fallo en el cual, alrededor de 10 años después de obtenida una opinión consultiva, la Sala estimó que, como no se había cumplido con los criterios vertidos por la Comisión, debía sancionarse ese incumplimiento por activar un mecanismo

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 3003, de las 11 horas y 30 minutos del 7 de octubre de 1992. Consulta preceptiva de constitucionalidad hecha por el Directorio de la Asamblea Legislativa.

internacional en vano, y ordenó que en Costa Rica se acataran esas opiniones como obligatorias para el solicitante.

En síntesis:

1. El vínculo que une a Costa Rica con el sistema Interamericano de Derechos Humanos es un vínculo expreso, manifiesto, que reposa sobre las bases del derecho internacional como un derecho vinculante para el Estado que acepta formar parte de los tratados. El sistema interamericano de derechos humanos (CADH, Corte IDH y Com IDH) es aceptado en Costa Rica y tanto sus normas como su jurisprudencia son vinculantes y aplicables en la práctica judicial interna, así como en la aplicación y vinculación del país a los pronunciamientos de los organismos interamericanos como consecuencia de los principios *pacta sunt servanda* y de cumplimiento de buena fe.

2. Además, los instrumentos internacionales dejan de ser internacionales y se convierten en nacionales como mandato de la Constitución en su artículo 7, una vez ratificados en competencia de nuestro Poder Legislativo, como lo manda el artículo 121 constitucional, por lo que el derecho internacional vigente es un derecho endógeno.

3. La Sala Constitucional es, sin duda alguna, una especie de mediador entre el sistema internacional de derechos y la práctica nacional de los derechos, con aciertos y cuestionables posturas, pero con autoridad.

Ahora bien, entendiendo el carácter vinculante entre Costa Rica y el aparato interamericano de derechos humanos como parte del derecho internacional, se procederá a analizar los casos en donde se manifiesta el peso y la enorme influencia de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestro derecho interno.

3. Consecuencias reales e irreales de la sentencia del caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, dictada el 2 de julio del 2004

3.1. Sobre la libertad de expresión y de prensa en relación con la sentencia

El caso se eleva a las instancias de la Corte IDH, por alegatos en contra del Estado de Costa Rica, ante una presunta trasgresión al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión en un Estado democrático, en relación con una sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del I Circuito de San José. En esta se declaró al periodista señor Mauricio Herrera Ulloa y

al señor Fernán Vargas Rohrmoser, en su calidad de representante legal del periódico *La Nación*, autores responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación.

Dicha condena atiende a que el señor Herrera Ulloa publicó varios artículos en los que atribuía al diplomático Félix Przedborski, representante de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica, en Austria, la comisión de hechos ilícitos graves. Tales sucesos estaban siendo publicados en periódicos belgas, y esta fue la fuente que tomó el periodista Herrera para elaborar su propio reportaje.

La resolución del 12 de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Penal del I Circuito de San José, impuso las siguientes sanciones: 1) Una pena consistente en una multa. 2) Ordenó publicar el *por tanto* de la sentencia en el periódico *La Nación*. 3) Además, declaró con lugar la acción civil resarcitoria y, por ende, condenó al señor Herrera Ulloa y al periódico *La Nación*, en carácter de responsables civiles solidarios, al pago de una indemnización por concepto de daño moral causado por las mencionadas publicaciones. 4) Dispuso que estos pagaran costas procesales y personales. 5) Ordenó al periódico retirar el *link* del sitio de internet *La Nación Digital* entre el apellido Przedborski y los artículos querellados, y establecer otro entre los artículos querellados y la parte resolutiva de la sentencia. 6) Como consecuencia de la sentencia condenatoria, el ordenamiento jurídico costarricense dispuso que se anotara a los condenados en el Registro Judicial de Delincuentes. 7) Aunado a lo anterior, el 3 de abril de 2001 el mismo tribunal penal emitió una resolución mediante la cual intimó al señor Vargas Rohrmoser a dar cumplimiento a lo ordenado, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Como se detallará, en este caso se interpusieron recursos de casación en dos oportunidades ante los tribunales patrios. El primer recurso fue incoado por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria emitida el 29 de mayo de 1998 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, el cual triunfó y dio lugar a que se realizara un nuevo juicio, por encontrar un error del juzgador respecto del razonamiento sobre la falta de dolo como fundamento de la absolución, según el criterio de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

El segundo recurso fue declarado sin lugar, con la consecuencia inmediata de dar firmeza a la sentencia condenatoria. El fallo incriminitorio afirmaba que los artículos habían sido redactados y publicados a sabiendas del carácter ofensivo de su contenido, con la finalidad de deshonrar y afectar la reputación del señor Félix Przedborski.

Cuando la Com IDH conoció del caso, rindió una serie de recomendaciones al Estado de Costa Rica. No obstante, el Estado se negó a cumplirlas, alegando que el Poder Ejecutivo no puede intervenir en las decisiones tomadas por el Poder Judicial. Por este motivo, la Com IDH elevó el caso a la Corte IDH.

La Corte IDH condenó al Estado de Costa Rica, argumentando que había habido una violación a la libertad de expresión. No obstante, dentro del *por tanto* no define las medidas a imponer para garantizar tal libertad de expresión, que a criterio de la Corte se ha visto limitada por el ordenamiento costarricense.

Es en el parágrafo 107 de la sentencia donde la Corte IDH analiza sus fundamentos y edifica cuatro tesis básicas, a saber: 1) contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; 2) la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática; 3) el rol de los medios de comunicación y del periodismo en relación con la libertad de pensamiento y de expresión, y 4) las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática.

A través de las breves explicaciones brindas por la Corte IDH, se trata de esbozar el marco sobre la presunta incompatibilidad de los numerales 146, 149 y 152 del Código Penal de Costa Rica⁷ en relación con el artículo 13 de la CADH. Entre ellas, la regulación de la *exceptio veritatis*, que se encuentra incluida en el numeral 149 del Código de Rito, la cual tiene limitaciones evidentes que transgreden el artículo 13.2 de la CADH,⁸ como, por ejemplo, el principio de la carga de la prueba y la presunción de inocencia.

Sobre este aspecto de la libertad de expresión ya la Corte IDH se había pronunciado en la opinión consultiva del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica. En esa oportunidad manifestó que la expresión y la difusión del pensamiento

⁷ Los siguientes son los mencionados tipos cuya tutela jurídica es el honor.

Numeral 146 sobre la difamación: "Será reprimido con veinte a sesenta días multa en que deshonrare a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación".

El 149 regula la prueba de verdad: "El autor de injuria o de difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. Sin embargo, el acusado sólo podrá probar la verdad de la imputación: 1) Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; y 2) Si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra él dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas. El autor de calumnia y de difamación calumniosa podrá probar la verdad del hecho imputado, salvo que se trate de delitos de acción o de instancia privada y que éstas no hayan sido promovidas por su titular".

El artículo 152 regula la publicación de ofensas: "Será reprimido, como autor de las mismas, el que publicare o reprodujere, por cualquier medio ofensas al honor inferidas por otro".

⁸ Cf. § 132 de la sentencia.

y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al estatus de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

Es aplicable a la Convención Americana la interpretación que sugiere la “necesidad”, y por ende la legalidad, de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, que establece que deberán estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. En este sentido, la tutela del fin público imperativo resulta tener relevancia por los temas de interés público que pueda acarrear, y eventualmente estará por encima del derecho de libertad de prensa.⁹

¿Cuál es el impacto real que tuvieron estos argumentos en el ordenamiento jurídico costarricense? Ninguno. A pesar de que la sentencia argumenta sobre una incompatibilidad evidente entre las normas incluidas bajo la etiqueta de delitos contra el honor y el derecho fundamental conocido como *libertad de expresión y pensamiento* del numeral 13 de la CADH, en el *por tanto* nunca se consigna ninguna obligación a cargo del Estado costarricense de modificar el derecho penal sustantivo respecto de la libertad de prensa y compatibilizar la ley de fondo con las disposiciones de la CADH.¹⁰

Quizá esta falta en la condenatoria del fallo se deba a que el Estado de Costa Rica presentó como argumento ante la Comisión el hecho de que el 30 de noviembre de 1998 el Poder Ejecutivo presentó ante la Asamblea Legislativa un proyecto de Ley de Protección a la Libertad de Prensa.¹¹ El 22 de abril de 2004 la Comisión de Prensa de la

⁹ Cf. con Corte Europea, *H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979*, serie A, n.º 30, § 59, pp. 35-36. Aunque la misma Corte IDH aclara, en la opinión consultiva del 13 de noviembre de 1985, que la Convención Europea (en su artículo 10) no es tan generosa como el Pacto, según su artículo 19. La Convención Americana busca reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.

¹⁰ En el mismo sentido puede verse Juan Marcos Rivero Sánchez, *La tutela jurídica del honor*, San José (Costa Rica): Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 29. “[...] lo cierto del caso es que en el fallo no se consigna ninguna obligación a cargo del Estado costarricense en el sentido de modificar su legislación penal de fondo, a fin de hacerla compatible con el primado de la libertad de prensa. Ni siquiera se encuentra una declaración de la Corte en la parte dispositiva del fallo de comentario en el sentido de que los delitos contra el honor, o las reglas de la *exceptio veritatis* contenidas en el numeral 149 del Código penal vigente sean contrarias a la libertad de prensa, de expresión, de pensamiento o cualquier otra”.

¹¹ Cf. exposición de motivos del proyecto de Ley de Protección a la Libertad de Prensa (expediente de documentos aportados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado durante la audiencia pública de 22 de mayo de 2001 sobre la solicitud de medidas provisionales en el caso del periódico *La Nación*, anexo 4). En ese documento el Estado expresó: “[...] la actual regulación legal [...] constituye una espada de Damocles que pende peligrosamente sobre los periodistas y amenaza su autonomía e integridad para el libre ejercicio de su profesión, constituyendo en la realidad un mecanismo de censura previa”.

mencionada Asamblea emitió un dictamen sobre el proyecto, el cual contempla la modificación, *inter alia*, de los artículos 147 (delito de calumnia), 151 (exclusión del delito) y 155 (publicación reparatoria) del Código Penal costarricense, la derogación del artículo 149 (prueba de la verdad) de dicho Código, la reforma de los artículos 204 (deber de testificar) y 380 (querella y traslado) del Código Procesal Penal (CPP), la derogación del artículo 7 de la Ley de Imprenta (n.º 32, de 12 de julio de 1902) y la incorporación de la *cláusula de conciencia*.¹²

Sin embargo, más de una década después, el proyecto no ha logrado aprobarse en la Asamblea Legislativa. Al contrario, varias legislaturas han transcurrido y aún se mira con recelo la aprobación de la ley. Para muestra, un botón: en setiembre del 2005, una vez más, en el boletín de prensa de la Asamblea Legislativa se anunciaaba que se retomaría el proyecto de Ley de Protección a la Libertad de Prensa, con el mismo (des)éxito.

Para enero del presente año (2013), el mismo periódico que fue condenado en la sentencia bajo examen (*La Nación*) escribió un editorial sobre el incumplimiento del Estado en cuanto a la aprobación de la ley mencionada. No obstante, ya tiene la Asamblea Legislativa bastantes temas polémicos que tocar como para querer introducir uno más en su agenda. Tal vez más de una década no haya sido tiempo suficiente para esclarecer los alcances y limitaciones de la libertad de expresión y de prensa en Costa Rica.

3.2. Reformas al sistema de casación cerrado y su traslado a una apelación irrestricta

Ahora bien, después de haber revisado el impacto ilusorio que tuvo el fallo en cuanto a la libertad de prensa, pasemos a evaluar los cambios reales producidos en el CPP costarricense, y en el sistema de fondo y operativo de los tribunales de vasación.

A pesar de que la tesis de fondo del caso obedecía a la libertad de expresión, se trajo a colación el tema del derecho de recurrir las sentencias según la normativa costarricense. Los demandantes manifestaron que corresponde a “una amplia y plena apelación” la revisión completa de la sentencia de primera instancia. De tal forma, la sentencia emitida

¹² Cf. borrador del proyecto de Ley de Libertad de Expresión y Prensa de la Comisión de Prensa de la Asamblea Legislativa de 22 de abril de 2004 (expediente de prueba presentada durante la audiencia pública celebrada el 30 de abril y 1 de mayo de 2004, tomo único, folios 3462-3465), y documento titulado “Posición del Gobierno de Costa Rica ante la Audiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con ocasión del caso 12.367 de Mauricio Herrera y la Nación”, de 4 de mayo de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 10, folios 1220-1225).

por la Sala Tercera no permitió una verdadera evaluación. Así, se negaba el derecho del justiciable a que el fallo de primera instancia fuera revisado por un tribunal superior. Subrayaron que la sentencia de casación se suscribió al denominado *principio de la intangibilidad de los hechos probados*, y que resolver un cuestionamiento como el que pretendían los recurrentes habría sido dar cabida a un recurso de casación por violación indirecta de la ley sustantiva.¹³

Basándose en tres argumentos que se exponen a continuación, la Corte IDH decidió condenar al Estado y solicitarle una adecuación de su ordenamiento según las disposiciones de la Convención. Primero, el juez o tribunal superior es el verdadero encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal, y es quien tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y del debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal, de conformidad con los principios que lo rigen. Segundo, el recurso debe ser accesible, sin mayores formalismos o complejidades que tornen ilusorio este derecho a la impugnación de un fallo. Tercero, no importa el nombre que se le dé al recurso; lo trascendente es la garantía de un examen integral de la decisión del recurrido.¹⁴

De tal forma, la Corte IDH solicitó tal adecuación en las normas relativas al derecho de recurrir el fallo sin imponer una forma estricta o una denominación específica que se le deba dar al recurso. El cumplimiento de esta disposición le corresponde al Estado establecerla. La misma Corte expresa que hay un margen de apreciación de cada nación en cuanto a la forma como podría actuar para cumplir con su obligación. Debe verse que no hay una exigencia precisa sobre cómo debe ajustarse el sistema de impugnación. Reafirma la Corte IDH su posición en el siguiente párrafo:

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. 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. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

¹³ Demandada presentada ante la Corte IDH por las víctimas el 31 de marzo de 2003, en especial los numerales 159 a 181.

¹⁴ Así expuesto en la sentencia, § 163, 164 y 165.

Desde antes de la emisión del fallo de la Corte IDH, en Costa Rica ya se percibían interpretaciones favorables a una casación más abierta y menos formalista. La Sala Constitucional costarricense, en su voto 719-90, había demostrado, por ejemplo, que el Pacto de San José era de aplicación inmediata en el sistema jurídico, por lo que correspondía interpretar que las limitaciones a recurrir en casación derivadas únicamente del monto de la pena impuesta debían tenerse por no puestas. Esta interpretación se oponía directamente a la tendencia sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia de los años ochenta del siglo XX.¹⁵

Igualmente, la misma Comisión, en su resolución 26-86 (caso 9328, Costa Rica) se pronunció en el sentido de que a un justiciable se le había negado el derecho que reconoce el artículo 8.º, inciso 2, del Pacto de San José, le recomendó al Gobierno de Costa Rica que procurara enmendar esa circunstancia y le concedió un plazo de seis meses para que adoptara las medidas legales correspondientes. Ese plazo fue prorrogado varias veces, hasta que llegaron los fallos de la Sala Constitucional 282-90 y 719-90 y se decidió archivar los casos abiertos hasta esas fechas.

De manera que ya había un camino trazado para trabajar en una casación más abierta desde la judicatura costarricense, que no fuera limitada únicamente a tratar aspectos formales o legales, sin alcance a revisar la prueba o el marco fáctico de primera instancia. El criterio propuesto por la Sala Constitucional daba los parámetros para una interpretación más ajustada al marco de la Convención. Así se deliberaba en una casación abierta, menos formalista, o bien podría llamarse apelación cerrada, la cual no incurriera en los problemas derivados de realizar un segundo debate con los mismos vicios de la primera instancia.

El fallo de la Corte IDH trajo consigo un debate trascendente en el país. El auge de la discusión giró en torno a si con una casación abierta se satisfacían a cabalidad los requerimientos de la Corte. Como se reiteró enfáticamente, la Corte habla de que la garantía de recurrir el fallo condenatorio no se satisface únicamente previendo la existencia de un órgano superior en grado para conocer de la impugnación, sino que este debe tener previsiones jurisdiccionales que lo legitimen a conocer el caso concreto;¹⁶ de ahí la necesidad imperante en el país de ir avanzando en su apertura de la casación.

¹⁵ Cf. votos n.ºs 366-83, 258-A-85, 135-A-88 y 188-A-88 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 2 de julio de 2004, numeral 159.

Por este motivo se instaura la denominada Ley de Apertura de Casación Penal, número 8503, del 2008 de abril del 2006. En sus regulaciones transitorias, trata de introducir estimaciones para garantizar un debido proceso judicial al justiciable, así como permitir un mayor acceso a esta instancia. Desde su transitorio primero, se previó que, al ser una ley más favorable para los justiciables, se iba a permitir un mayor acceso, y hasta las personas que fueron condenadas según la legislación anterior iban a tener la posibilidad de que sus sentencias fueran revisadas, siempre y cuando se invocaran en cada caso los agravios y los aspectos de hecho y de derecho que no fuera posible conocer en casación.

Las previsiones pensadas tanto a raíz de las resoluciones de la Sala Constitucional como de la Ley de Apertura de Casación Penal tenían un fin unánime: permitir la revisión amplia y permitir el acceso de los justiciables a su derecho de recurrir los fallos, en el marco conciliador de abordar todos los principios sustanciales que informan el debido proceso penal.

Sobre este tema, se observa que la condena en un proceso penal —de cualquier naturaleza, pero sobre todo en aquellos derivados del sistema de los derechos humanos— debe estar basada en una sentencia que haya respetado los principios derivados de la legalidad criminal, sobre todo los de naturaleza adjetiva, tales como los de juez natural, *non bis in idem*, imparcialidad e independencia judicial, igualdad de las partes, principios derivados de las prohibiciones probatorias, y otros que tienen que ver con la intervención del justiciable y el ejercicio efectivo de su defensa material y técnica.¹⁷ Todos estos principios conectan, naturalmente, con el respeto a la dignidad de la persona humana y justifican que la fase impugnativa tenga un carácter de enorme importancia en la realización del debido proceso.¹⁸

Así, con la finalidad de dar una solución eficaz a la imperante adecuación de la normativa costarricense con respecto al fallo de *Mauricio Herrera*, resultaba imprescindible profundizar en dos elementos sobre los que se podía abalanzar el péndulo de los sistemas de impugnación, ya fuera en su modalidad de casación o bien revisando los alcances de la apelación. Primero, era necesario observar las estipulaciones del Código Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que optaba por una casación cerrada. Segundo, se requería

¹⁷ Cf. Alfredo Chirino, "La reforma procesal para introducir el recurso de apelación en Costa Rica. Perspectivas y circunstancias de una propuesta fallida", San José (Costa Rica): en prensa.

¹⁸ Con este criterio, en especial, Carlos Alberto Chiara Díaz y Daniel Obligado, *La nueva casación penal: consecuencias del fallo Casal*, Rosario (Argentina): Nova Tesis Editorial Jurídica, 2005, p. 12.

una revisión exhaustiva del voto concurrido del juez García Ramírez, donde había un reflejo de la problemática y discusión que gira alrededor de los sistemas de impugnación.

Sin incurrir en una falacia de autoridad, era ineludible revisar de dónde provenía el importante acuerdo al que se llegó en dicho Código Modelo y, sobre todo, entender por qué se arribó a la decisión de optar por una casación cerrada. Valga mencionar que ese código fue elaborado por un grupo muy notable de juristas, quienes dan explicaciones excelentemente razonadas para referir el modelo. Uno de los argumentos utilizados fue la irremediable queja planteada por Binding, que brinda un esbozo de la situación:

[...] este segundo debate es, en verdad, un nuevo debate de primera instancia y su resultado, una nueva sentencia de única instancia, fundada en el conocimiento adquirido en su propio debate. No se trata, entonces, de un control sobre la decisión anterior, fundada en otro debate, sino de un nuevo juicio con su nueva conclusión; repárese en que a pesar de arribar a distintos resultados, ambos juicios pueden ser, en sí, correctos, conforme a los distintos debates que les sirven de base. Lamentablemente, nada indica que el segundo juicio tenga mayores posibilidades de acierto, sino, por el contrario, es posible que la fuente de conocimiento sea en él más pobre, por su mayor distancia hasta el momento del hecho.¹⁹

En el mismo sentido, el juez García Ramírez, en su voto concurrente, entreveía este problema. Tampoco se dejaba de lado la discrepancia de que muchos países de Latinoamérica tenían una casación cerrada y el fallo de la Corte IDH los obligaría a realizar un cambio en sus legislaciones. Así exponía el juzgador:

Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocrático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia".²⁰

¹⁹ Binding, citado por Javier Llobet, "El derecho del imputado a recurrir la sentencia", en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 1, 2007, pp. 47-72.

²⁰ Sentencia, § 35.

Este voto concurrente explora con detalle el derecho a la doble instancia, distinguiendo en primer lugar el papel del recurso extraordinario de revisión, que por su naturaleza es especial frente al de casación y apelación. El voto parte de la idea de que el recurso ordinario previsto para el análisis de la sentencia condenatoria debe estar preordenado a proteger los derechos humanos del individuo.

Y esta protección, según el voto, se garantiza otorgando al tribunal superior la posibilidad de que revise el fondo de la controversia, examine los hechos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas y la valoración de estas, el derecho invocado y su aplicación, las reglas de determinación y fijación de las penas, el bien jurídico penalmente tutelado, la culpabilidad del agente y el concurso de atenuantes y agravantes. Empero, no olvida las faltas a las que puede arribar si se utiliza en exceso el recurso.

Tantos temas, según lo propuesto por el juez García Ramírez, solo pueden ser atendidos mediante un recurso de amplio espectro que permita un “sistema de suplencia” de los agravios a cargo del tribunal de alzada, que pueda, en tal situación, sortear los defectos y errores de una defensa deficiente.²¹

3.3. Reformas procesales instauradas en el ordenamiento patrio como medida de cumplimiento de los requerimientos de la Corte IDH: Ley de Creación de Apelación de Sentencia

Como se mencionó, el fallo de la Corte IDH dejó abierta la posibilidad de que fuera el mismo Estado el que adecuara su ordenamiento jurídico según las disposiciones de la Convención. Como consecuencia, la Asamblea Legislativa costarricense reformó toda normativa correspondiente a la casación, e instauró la mencionada Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, n.º 8837.

Como consecuencia de esta ley, que desde el 9 de diciembre del 2011 entró en vigencia, se ampliaron enormemente los plazos de prisión preventiva. Así, el artículo 33 de la interrupción de la prescripción fue igualmente reformado para hacer que el dictado de la sentencia de apelación interrumpa el plazo de la prescripción. Sin duda, ya se preveía que con la reforma se incrementaría masivamente el flujo de expedientes

²¹ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bulacio contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, del 18 de setiembre del 2003, numerales 28 a 32.

dentro del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, y de ahí la necesidad de otorgar más tiempo a los tribunales.

Con el mismo fin se reformó el numeral 258 del CPP, el cual prescribe que el Tribunal de Apelación podrá prorrogar la prisión preventiva por seis meses más cuando disponga el reenvío, pero también la Sala Penal podría ampliar la prisión preventiva en seis meses más de los términos de ley ya autorizados.

Asimismo, sobreviene el tema de la oralidad de las sentencias, que, si bien no será tratado en este artículo, resulta importante mencionar. Según esta disposición legal, los jueces del tribunal de juicio deben dictar sentencia oral inmediatamente después de finalizada la audiencia, y solo por lo avanzado de la hora o cuando se trate de un asunto de tramitación compleja el juez podrá diferir la resolución hasta por veinticuatro horas. Por supuesto que esto ha incidido en la calidad de los fallos dictados, pues los juzgadores ya no cuentan con el tiempo suficiente para reflexionar sobre sus argumentos, lo que atenta contra algunos principios relevantes, como el de fundamentación de sentencia.

El numeral 458 del CPP es el encargado de advertir sobre el nuevo sistema de apelación abierta que se instauró. Permite la apelación de todas las sentencias, ya sean condenatorias o absolutorias, y hasta los sobreseimientos. Asimismo, el artículo 459 menciona que el recurso de apelación permite el examen integral del fallo. Y el 464 regula la recepción de prueba en la instancia de apelación.

En el mismo sentido, el numeral 468 del CPP, en su última parte, oculta un arma: para determinar si un precepto legal ha sido inobservado o erróneamente aplicado y constituye un defecto de procedimiento, el recurrente deberá apuntar contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que haya reclamado ese vicio oportunamente y pedido la subsanación del defecto, o haya hecho manifestación de recurrir en casación. Quedan a salvo los defectos absolutos ya regulados en el artículo 178 del Código Procesal Penal.

Este oscuro artículo 468 del CPP señala ya el camino de un eventual cierre de la entrada de casación vía admisibilidad, que probablemente devuelva al país a una situación en que podría ser atacado de nuevo ante la jurisdicción de derechos humanos internacional por volver a tener (¿nuevamente?) una casación cerrada y ¡formalista!

Conclusiones

Como se vislumbra con las apreciaciones ulteriores, el cambio extremo que sobrevino con el fallo de la Corte IDH no fue necesariamente en la regulación de la libertad de prensa, sino que más bien afectó el sistema de casación. La Corte IDH solicitó un cambio, para instaurar un sistema pleno y amplio que realmente permita y garantice una revisión integral de los fallos de los tribunales de juicio, y el país debía decidir qué reformas emprender de acuerdo a ese norte.

Lamentablemente, entre todas las posibles soluciones para ajustarse a tal medida, se eligió la creación de un sistema de apelación irrestrictamente abierto, aparejado con un sistema de casación cerrado. Como se ha expuesto, se permite hasta la apelación de una sentencia absolutoria o un sobreseimiento, aun con los problemas que eso conlleva, que la doctrina se ha encargado de señalar hasta el cansancio.²²

No debemos olvidar que ese sistema de casación cerrado puede impedir el acceso real y amplio a la casación tal y como lo solicita la Corte IDH, por lo cual el país ni siquiera se ha protegido de otro eventual juicio ante instancias internacionales de protección de derechos humanos. Así, la vía seleccionada por Costa Rica para el cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH permite concluir, utilizando el viejo adagio popular, que *fue peor el remedio que la enfermedad*. Encima, no nos curamos de otra eventual condena por instaurar una casación cerrada que igualmente tenga restricciones formalistas para su acceso.

3.4. Caso *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) contra Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre 2012

En esta ocasión el Estado costarricense fue condenado por una prohibición general de practicar la fecundación *in vitro* (en adelante, FIV). Esta limitación surgió de una resolución emitida por la Sala Constitucional, sentencia 02306, del 15 de marzo del 2000, en la que se declaró inconstitucional el decreto ejecutivo 24029-S, del 3 de febrero de 1995, publicado en *La Gaceta* n.º 45, del 3 de marzo de 1995, que regulaba la práctica que debería utilizarse en el país para realizar el procedimiento de FIV.

²² Solo por mencionar dos de ellos: la contaminación de los testigos, quienes tienen la oportunidad de sanear cualquier error de su declaración en primera instancia, y el sometimiento del imputado a un juicio interminable, pues después de haber encontrado una resolución se ve sometido nuevamente a las torturas de un proceso penal.

El fallo de la Corte IDH resulta muy valioso en virtud de que brinda una serie de interpretaciones sobre las definiciones de conceptos jurídicos que causan polémica y disenso en la doctrina y la jurisprudencia, así como en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales, tales como *ser humano, persona, comienzo de la vida, concepción, fecundación*. Además, realiza un trascendental aporte por concretar los parámetros de derechos humanos como la intimidad y la vida privada.

El recorrido histórico que tuvo lugar en el contexto jurídico-costarricense se inició el 3 de marzo de 1995, con la publicación del decreto ejecutivo 24029-S, que aprobaba el *Reglamento para las técnicas de reproducción asistida que incluye la llamada fecundación in vitro*.

Sin embargo, el 15 de marzo del 2000 la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de tal decreto, provocando que el país quedara sin regulación de este método de reproducción. Entre sus argumentos, la Sala Constitucional afirmó que no es posible regular el método a través de un decreto, sino que solo mediante ley formal emanada de la Asamblea Legislativa se puede regular o restringir los derechos y libertades fundamentales.

Resulta necesario traer a colación el contraargumento utilizado por la Sala en sus conclusiones finales, donde afirma que ni siquiera una ley formal estaría acorde con el derecho constitucional interno patrio:

Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, *ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación*, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas.²³

Asimismo, el tribunal constitucional insistió en que el derecho a la vida y la dignidad del ser humano se ven afectados por la utilización de este método. La vida es la manifestación primigenia del ser humano. Y debido a que el embrión o feto tiene derechos propios, no es posible que sus padres tengan derecho a disponer de su vida.

Su principal argumento se encuentra en las disposiciones del Pacto de San José y otros tratados internacionales. Sin embargo, la Sala Constitucional tomó una interpre-

²³ Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia, voto 02306, de las 2 horas con 31 minutos del 15 de marzo del 2000. Cursivas añadidas.

tación discordante de la que luego la Corte IDH formularía para resolver este caso. Dice el artículo 4.1 del Pacto de San José:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.²⁴

Según la Sala costarricense, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 7184, del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6 y reconoce la personalidad del no nacido; asimismo, en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “el nacimiento”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, que otorga “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Por su parte, el ordenamiento patrio contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que “la vida humana es inviolable”.

Las leyes costarricenses siempre se han reservado derechos civiles para los *naciturus* desde trescientos días antes de su nacimiento. Dice el artículo 31 del Código Civil:

La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento [...].

Sin embargo, esta interpretación del Código Civil nunca ha tenido la connotación extrema dada por la Sala Constitucional. Evidentemente, es una ilusión jurídica otorgar respaldo de los derechos civiles desde antes de la misma concepción. Como lo menciona el jurista nacional Víctor Pérez,²⁵ tal disposición legal ha sido doctrinariamente interpretada en el sentido de que “aun antes de nacer ya la ley extiende su protección en varios modos, entre los que se encuentran erigir un el delito de aborto maliciosamente provocado, o bien se reputa nacido para los sus beneficios, empero, no puede funcionar como marco rector para determinar la protección legal de la concepción o menos para prohibir el derecho a la reproducción de las personas”.

Es importante rescatar la interpretación realizada por la Sala Constitucional, sobre los diversos convenios internacionales, y contrastarla con la formulada por la Corte IDH:

²⁴ Ibídem.

²⁵ Víctor Pérez, *Derecho privado*, San José (Costa Rica): LIL, 1994.

La normativa internacional, sin ser muy prolífica, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, —adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”—, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José.²⁶

En la judicatura nacional, el criterio de la Sala Constitucional no fue avalado por todos los despachos, ni siquiera por la totalidad de la propia Sala. En este fallo salvaron el voto dos de los magistrados que integraban ese tribunal. Así, los afectados por la interpretación restrictiva con respecto a los métodos de reproducción asistida acudieron ante el Tribunal Contencioso Administrativo, alegando que la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS, institución gubernamental encargada de la prevención y del tratamiento médico) les había negado el tratamiento de FIV, que según los médicos tratantes era el único método que les permitiría concebir un hijo. Por sentencia del 14 de octubre del 2008, este tribunal expresó que la FIV como método de reproducción asistida no está prohibida, y obligó a la CCSS a verificar la viabilidad del método a la paciente.²⁷

Este fallo fue apelado por la misma CCSS, y el 7 de mayo del 2009 la Sala I lo anuló y declaró sin lugar la demanda incoada aquella vez en el Tribunal Contencioso Administrativo. De tal manera se vio frustrada una vez más la posibilidad de que estas parejas se sometieran a un tratamiento de fecundación.

La Defensoría de los Habitantes también se había pronunciado al respecto. En el 2005 emitió un criterio solicitando el establecimiento de un programa especial para el tratamiento de la infertilidad y esterilidad de todas las parejas y mujeres que vivieran esa situación, que desearan ejercer su derecho de maternidad y paternidad y que además no contaran con los recursos económicos para optar por un tratamiento privado. No

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 02306, de las 3 horas con 21 minutos del 15 de marzo del 2000.

²⁷ En el fallo de la sentencia del 14 de octubre de 2008, el Tribunal Contencioso Administrativo expresa: “[...] la Fecundación in Vitro como mecanismo de reproducción asistida no está prohibida en Costa Rica, en el tanto no se incurra en los vicios señalados por la Sala Constitucional”.

obstante, se trata solo de un pronunciamiento, que no está por encima de una sentencia con carácter de cosa juzgada emitida por el más alto tribunal constitucional del país. Por lo tanto, la posibilidad de utilizar el método de FIV se vio negada absolutamente en el país.

Como se adelantó, las interpretaciones elaboradas por la Corte IDH difieren radicalmente de las referidas por la Sala Constitucional. En esta resolución fundamental para los derechos humanos, la Corte IDH analizó el marco jurídico de todo el mundo occidental con el fin de abarcar todas las posibles interpretaciones. Determinó que en este caso hay una mezcla entre diferentes derechos fundamentales, entre ellos a la vida privada y a fundar una familia, un sometimiento indebido a la libertad física y mental, aunado con un impedimento al desarrollo de los derechos reproductivos.

En tal sentido delimita este derecho fundamental, según se puntualiza a continuación:

1. El artículo 11 de la CADH excluye injerencias abusivas y arbitrarias en la vida privada de la persona. De tal forma, cualquier injerencia debe tener una fundamentación exhaustiva.
2. La vida privada se extiende hasta las familias. Además, se protege frente a terceros y ante las propias autoridades públicas, cuando tornen en actos de injerencia que sean desproporcionados y lesionen derechos especialmente relevantes para el individuo.
3. El numeral séptimo de la Convención permite a todos los seres humanos organizar su vida individual y social conforme a sus propias convicciones.
4. Hay un derecho a la autodeterminación de cada persona que permite decidir sobre el propio desarrollo. Esto incluye la decisión acerca del momento en que desee concebir hijos, así como el número que quiera tener.
5. La vida privada no puede tener una interpretación restrictiva; todo lo contrario su interpretación debe ser amplia.²⁸
6. El concepto de vida privada se conforma por aspectos de libertad física y social, incluyendo autonomía personal y desarrollo de relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.
7. La vida privada es una condición indispensable para el desarrollo de la personalidad. La maternidad corresponde a un desarrollo de las mujeres y por este motivo debe ser libre. Asimismo, todo ser humano tiene derecho a tener hijos biológicos.

²⁸ Cf. con Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Ríffo y niñas contra Chile* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 24 de febrero del 2012.

La Sala Constitucional patria entendió que la concepción sería el momento en que se fecunda el óvulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida. Así, el objeto de la controversia gira en torno a cuándo empieza la vida humana, y sobre la concepción misma. La Corte IDH, que es el intérprete máximo de la CADH, determinó que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide al respecto con tribunales internacionales y nacionales.

Afirma que el término *concepción* no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. La concepción es el momento en que ocurre la implantación en el útero.

Para los efectos subsiguientes, el artículo 4 de la CADH entiende que el nacimiento de la vida inicia en tal evento,²⁹ y ese artículo no puede aplicarse sino hasta la concepción misma. En virtud de que la concepción solo ocurre en el cuerpo de la mujer, este artículo tiene por objeto directo, fundamentalmente, la protección de la mujer embarazada. El *naciturus* solamente puede protegerse a través de la mujer en estado de gestación. Al respecto puede citarse el Protocolo de San Salvador (artículo 15.3.a), que obliga a los Estados parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”. En el mismo sentido, el artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

Para la Sala costarricense, esta tutela se brinda desde el momento de unión del óvulo y el espermatozoide. En dicho instrumento el término *nacen* se empleó precisamente para excluir al no nacido. En cambio, la Corte IDH sostiene que el sentido en que *ser humano* es entendido en la Declaración Americana no incluye al no nacido.

Mediante un método de interpretación sistemática, la Corte IDH concluye que no se desprende de los artículos 4 de la CADH, 3 de la Declaración Universal, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que el embrión pueda

²⁹ Según el párrafo 186 del fallo de la Corte IDH, este evento es el siguiente: “[...] al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’; lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”.

ser tratado como persona. En este sentido, tal como se adelantaba, la Corte IDH tiene un criterio distante del manifestado por el tribunal costarricense. Según este, todos los instrumentos internacionales citados dan lugar a considerar la protección del no nacido. En contraste, la Corte considera que de ninguno de ellos se desprende una protección extendida al *naciturus*. El Pacto de San José permite una protección mientras el embrión está en el vientre materno, y la protección primaria es a la madre misma, pues a través de ella se tutela la concepción.

En este sentido, la intromisión del Estado costarricense es extrema. Solo puede haber injerencias que no sean abusivas ni arbitrarias, y todas deben tener un fin legítimo y cumplir con requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Para los fines de la Corte IDH, la restricción impuesta por el Estado de Costa Rica tendría que lograr una satisfacción de la protección de la vida prenatal. Así, se determinó que el fallo de la Sala vuelve nugatorios los derechos a la vida privada y a fundar una familia, sin optar por una fundamentación proporcionada o adecuada para restringir dichos derechos. Los elementos que es preciso ponderar para incurrir en estas limitaciones deben primeramente evaluar si la satisfacción de un bien jurídico justifica la restricción del otro. Recordemos que en los términos de la Convención, según el numeral 29, no se pueden excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

En este sentido puede aducirse que un Estado de derecho se confirma con el actuar mismo del Estado. Así, el no sometimiento en la esfera privada de los ciudadanos concuerda con sus presupuestos. Como bien ha afirmado la Corte IDH, cada intervención estatal en la esfera de la vida privada debe tener el gran contrapeso de estar justificada y ser proporcional, además de que no debe constituir una discriminación.

En el caso bajo examen, según la interpretación de la Corte IDH, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas. Uno de los efectos indirectos de la prohibición, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, fue que surgieron procedimientos para acudir a un tratamiento médico en el extranjero, los cuales exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. A ello se sumaba el estrés económico por el gasto elevado de realizar el tratamiento en otro país, o bien las víctimas declararon que la necesidad de estar trasladándose a otros países hacia que tuvieran que pedir permiso para salir de sus trabajos constantemente, con lo que todos sus compañeros se daban cuenta de su infertilidad, lo cual se volvía incómodo y hasta vergonzoso. Asimismo, varias parejas se divorciaron por motivo de que vieron frustradas sus ambiciones de tener hijos.

Es relevante rescatar la protección que le da al no nacido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso *Vo contra Francia*, se indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con “derecho a la vida”. Se rescata este elemento dado por el Tribunal Europeo debido a que el amparo jurídico del concebido debe tener una regulación legal. La aplicación irrestricta de la interpretación de la Corte IDH puede llevar a casos de abortos sin justificación, a tratar a los embriones fecundados sin ningún control, así como la patentabilidad en relación con los embriones humanos para fines industriales o comerciales, que debe estar desde todo punto de vista prohibida.

La Corte ha marcado la diferencia entre *distinciones* y *discriminaciones*, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la CADH por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.

A raíz del fallo dictado al finalizar el 2012, hoy la Asamblea Legislativa costarricense está solicitando vehementemente al Poder Ejecutivo traer una ley que regule este método de fecundación asistida, para poder aprobarlo de conformidad con la condena de la Corte. Sin embargo, actualmente en el Congreso hay dos proyectos de ley al respecto, interpuestos desde antes del fallo; por lo tanto, se podría evaluar su adecuación a la sentencia de la Corte IDH. Asimismo, se espera que el Ministerio de Salud decida la importancia de regular la ley por medio de un reglamento.

3.5. Resolución individual de *Schmidt contra el Estado de Costa Rica*, número 17/84, en contraposición con la opinión consultiva del 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas

En este caso el señor Stephen Schmidt fungía labores como corrector de estilo y asesor en el periódico *The Tico Times*. A pesar de haber cursado su carrera como periodista en una universidad, nunca se inscribió en el respectivo colegio. Para la fecha, en Costa Rica ningún periodista podía ejercer su profesión sin estar inscrito en el Colegio de Periodistas; de lo contrario podía incurrir en el delito de ejercicio ilegal de la profesión.

Efectivamente, Schmidt fue acusado por ejercer ilegalmente la profesión, sancionado y castigado según el artículo 313 del Código Penal, por cuanto, conforme a los artículos 22, 23, 24, 25 y 27 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, el ejercicio

del periodismo está limitado a las personas colegiadas en dicha institución, tras haberseles otorgado la licencia respectiva. Además, se invocó el artículo 13 de la CADH para su fundamento.

Antes de la sentencia condenatoria, un juzgado penal, mediante sentencia emitida el 14 de enero de 1983, declaró a Schmidt inocente, por cuanto se limitaba a cumplir con las disposiciones del artículo 13 de la CADH, ejerciendo la libertad de pensamiento y expresión, que no es susceptible de restringirse por normas nacionales.

El Ministerio Público interpuso recurso de casación ante la Sala Tercera. Mediante sentencia del 3 de junio de 1983, la Sala acogió el recurso y anuló la sentencia absolutoria. En su lugar, declaró a Schmidt “autor responsable del delito de Ejercicio Ilegal de la Profesión de Periodismo en daño del Orden Público” y le ordenó cumplir tres meses de prisión, además de la inmediata inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes.³⁰

La Corte IDH, basándose en el artículo 13 de la CADH, menciona que el derecho a la información consiste en esencia en buscar, recibir y difundir información e ideas. Este derecho debe ser visto desde sus dos vertientes: una es tener acceso a las fuentes de la información, con el correspondiente derecho de informarse que tienen todas las personas, y la otra vertiente es la igualdad para todos en el libre uso de los instrumentos de transmisión, la libertad de transmisión y envío de noticias sin ningún tipo de censura previa.³¹

La Corte advirtió que el ejercicio y la reglamentación de la libertad de pensamiento no conlleva restricción siempre que no se imponga la censura previa o mecanismos de control oficial, directo o indirectos, encaminados a obstaculizar la libre circulación de la información o a manipularla con determinada finalidad política.³²

La Com IDH y posteriormente la Corte IDH confirmaron esta posición. Consideró la Comisión que la colegiatura obligatoria de periodistas no restringe la libertad de pensamiento y expresión, en los términos del numeral 13 de la CADH. Los colegios profesionales son encargados de tutelar la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Lo prohibido para estos colegios era restringir o

³⁰ Esta sentencia tiene especial importancia para el país porque en todo el continente fue la primera vez que se utilizaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento para emitir un fallo.

³¹ Este pensamiento de las dos vertientes que tiene el derecho a la libre expresión fue ratificado después en la sentencia de *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, estudiada anteriormente.

³² Así Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985.

limitar el derecho, imponiendo controles que hagan nugitorio su ejercicio, como la censura previa.

De tal forma, se llegó a la conclusión de que la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas (ley 4420, de 18 de septiembre de 1969), así como la sentencia mencionada dictada por la Sala Tercera, no contravinieron las disposiciones del artículo 13 de la Convención. Hubo algunos votos concurrentes y otros votos disidentes.

No obstante, tan solo dos años después, en 1985, el Gobierno de Costa Rica decidió someter el mismo tema a una opinión consultiva, y obtuvo resultados diferentes. En esta ocasión la Corte dictaminó que no es compatible con la CADH una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a este a los graduados en determinada carrera universitaria.

Mediante los mismos argumentos se arribó a conclusiones divergentes. En el caso *Schmidt contra Costa Rica*, la Corte comentó la importancia de los colegios profesionales. Concretamente, el de periodistas cumple una labor social significativa al llevar información a toda la población. Asimismo, esta profesión permite encontrar la libertad de prensa y facilita la libertad de expresión y de ideas.

En la opinión consultiva también se exponen los parámetros de la libertad de expresión y su fundamental importancia para el Estado democrático y de derecho. No obstante, se invisibiliza la necesidad de los colegios profesionales al afirmar que el requisito de la incorporación oscurece la libertad de expresión. Según la Corte IDH en 1985, para fundamentar un régimen de censura no sería suficiente invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente, aunque este régimen previo sea supuestamente destinado a eliminar las informaciones que el censor considera falsas. Tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

Según la opinión consultiva, la pluralidad de medios es sana para un país, y se considera necesario evitar los monopolios, cualquiera sea la forma que pretendan adoptar, y garantizar la protección a la libertad e independencia de los periodistas. Al parecer de la Corte IDH en esta consulta, la solicitud de la incorporación de los periodistas a su respectivo colegio sería una restricción ilegítima que crearía un monopolio sobre la información y atentaría contra la prohibición de instaurar censuras previas.

Evidentemente, ambas posiciones se confrontan en sus argumentos, de ahí que se llegue a decisiones distintas. La primera, con el resultado de que el señor Schmidt

tuviera que cumplir una pena de prisión y pasar por el sufrimiento de ser anotado en el Registro de Delincuentes, con la consecuencia de nunca poder incorporarse al Colegio (uno de cuyos requisitos era justamente no tener inscripciones en dicho Registro). Por su parte, el resultado de la opinión consultiva deriva en que cualquier persona pueda ser periodista en Costa Rica, y de ahí que muchos estén cuestionando la calidad de la información que se brinda.

6. Conclusiones

El Estado de Costa Rica, en todos los casos, ha cumplido con las ordenanzas de la Corte IDH, así como ha mostrado una obediencia real a los tratados internacionales que ha suscrito.

Con especial atención se ha atendido el compromiso unilateral que asumió Costa Rica en cuanto a respaldar el derecho a la paz. La Sala Constitucional ha dado prevalencia a este acuerdo en reiteradas sentencias. Por ejemplo, en la resolución del 2004-9992, de 8 de septiembre de 2004, la Sala afirmó que la paz es un valor pilar de la idiosincrasia de Costa Rica, y su defensa “es un interés que atañe a la colectividad en su conjunto” y le otorga la legitimidad a cualquier nacional para defenderlo, sin necesidad de entablar un juicio previo, por cualquiera de las vías proporcionadas por el ordenamiento jurídico, advirtiendo sobre el procedimiento indicado en la Ley de Jurisdicción Constitucional.³³

La misma jurisprudencia se ha encargado de darles a los tratados de derechos humanos un valor superior al de la propia Constitución. Como lo ha expresado el magistrado Armijo,³⁴ “la doctrina del valor supraconstitucional de los derechos humanos nace como consecuencia de un asunto que es presentado ante la Sala”, y de esta forma se reconoce en toda la judicatura y la jurisprudencia patria un valor que transciende la Constitución Política, afirmando que los derechos humanos y fundamentales, para lo que favorezca a los individuos, tiene un valor por encima de todo el ordenamiento jurídico.

³³ También puede observarse la sentencia de la Sala Constitucional 2008-14 193, donde este tribunal es conteste en determinar la posición que tiene el derecho a la paz en Costa Rica.

³⁴ Gilbert Armijo, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Control de la convencionalidad*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.

Se debe advertir que, aunque el caso de la fecundación in vitro aún no se ha regulado en su totalidad según lo solicitó la Corte, ya se perciben en las bancadas del Congreso los aires de un cabal cumplimiento. Y, como se mencionó, las autoridades de salud ya se encargaron de publicar la sentencia en los periódicos nacionales.

Como se señaló, gran controversia se desprendió del caso *Mauricio Herrera*. Aunque trató sobre un asunto de libertad de expresión, el impacto real que causó fue un cambio radical en los tribunales de casación costarricenses. Asimismo, diferentes países latinoamericanos se replantearon su concepto de casación cerrada, pues esta finalmente era incompatible con la jurisprudencia que establecía la Corte IDH en este caso.

Sobre el último caso estudiado, hubo un cambio de criterio de la Corte IDH, que generó la eliminación del requisito de que los periodistas y reporteros estén colegiados. Quizá esta medida trató de permitir una mayor difusión de opiniones en el país. Asimismo, la Corte IDH argumentó la necesidad imperante de un Estado democrático de contar con diversidad de medios de prensa y evitar el monopolio. No obstante, no debe olvidarse la vieja enseñanza griega de saber moverse dentro del equilibrio de la cantidad sin perder de vista la calidad.

Bibliografía

- ARMIJO, Gilbert, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Control de la convencionalidad*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.
- CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto, y Daniel OBLIGADO, *La nueva casación penal: consecuencias del fallo Casal*, Rosario (Argentina): Nova Tesis Editorial Jurídica, 2005.
- CHIRINO, Alfredo, “La reforma procesal para introducir el recurso de apelación en Costa Rica. Perspectivas y circunstancias de una propuesta fallida”, San José (Costa Rica): en prensa.
- LLOBET, Javier, “El derecho del imputado a recurrir la sentencia”, en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 1, 2007, pp. 47-72.
- *Derecho procesal penal*, tomo I, San José (Costa Rica): Editorial Jurídica Continental, 2001.
- PÉREZ, Víctor, *Derecho privado*, San José (Costa Rica): LIL, 1994.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *La tutela jurídica del honor*, San José (Costa Rica): Editorial Jurídica Continental, 2008.

CUMPLIMIENTO DE DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS POR LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Ramiro J. García Falconí

RESUMEN. A través de las decisiones de la Corte IDH se ha reconfigurado los ordenamientos constitucionales de los países suscriptores de la Convención. Normas y actos de las autoridades nacionales deben ajustarse a los estándares establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH. El principio de supremacía constitucional debe ser entendido desde el control de convencionalidad. Ecuador ha tenido un nivel deficiente de cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos, lo cual se ha incrementado a partir de la disputa con la Com IDH, ocurrida con ocasión del caso *El Universo*. En los países suscriptores de la CADH y en Ecuador en específico, la protección de los derechos humanos va ligada de forma inescindible al cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano, dada la débil institucionalidad de que adolecen en mayor o menor nivel.

Palabras clave: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *El Universo*, obligatoriedad de cumplimiento, control de convencionalidad, *pacta sunt servanda, effet utile*, incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, reconfiguración constitucional.

ABSTRACT. The decisions of the Inter-American Court of Human Rights have reshaped the constitutional systems of the signatory countries to the Convention. The rules and actions adopted by national authorities must comply with the standards established by the Inter-American Court of Human Rights' case law. The principle of constitutional supremacy must be understood in the light of conventionality control. Ecuador has shown poor compliance with the Inter-American human rights system's decisions and the situation has deteriorated since the dispute with the IACtHR over the *El Universo* case. For the signatory countries to the American Convention on Human Rights, and specifically for Ecuador, the protection of human rights is inseparably linked to complying with the decisions of the Inter-American system, since these countries suffer varying degrees of weak institutionality.

Keywords: Inter-American Commission on Human Rights, *El Universo* case, mandatory nature of compliance, conventionality control, *pacta sunt servanda*, *effet utile*, non-compliance with Inter-American Court of Human Rights judgments, constitutional reshaping.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Entscheidungen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte haben in den Unterzeichnerstaaten der Menschenrechtskonvention zu einer Umgestaltung der Verfassungsordnungen geführt. Normen und Rechtsakte der nationalen Behörden müssen demnach mit der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Einklang gebracht werden. Das Prinzip des Verfassungsvorrangs muss dabei im Sinne der Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verträgen interpretiert werden. Bei der Umsetzung der vom interamerikanischen Menschenrechtssystem getroffenen Entscheidungen sind in Ecuador Defizite zu verzeichnen, die sich seit der Auseinandersetzung mit der Interamerikanischen Menschenrechtskommission anlässlich des Streitfalles *El Universo* noch verstärkt haben. In den Unterzeichnerstaaten der AMRK im Allgemeinen, insbesondere aber in Ecuador, ist der Schutz der Menschenrechte angesichts der mehr oder weniger schwach ausgeprägten institutionellen Ordnung untrennbar mit der Umsetzung der Entscheidungen des interamerikanischen Systems verbunden.

Schlagwörter: Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Fall *El Universo*, Verbindlichkeit der Umsetzung, Überprüfung der Verfassungskonformität, *pacta sunt servanda*, *effet utile*, Verstoß gegen die Urteile des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Umgestaltung der Verfassungsordnung.

Antes de analizar específicamente el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) por el Estado ecuatoriano, considero debe establecerse el lugar que en nuestro ordenamiento jurídico ocupa la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención), así como el nivel de obligatoriedad que sus decisiones tienen para los jueces ecuatorianos en la resolución de los casos nacionales.

Debe tomarse en cuenta que no existe una posición unitaria, ni en lo académico ni en lo político, pues actualmente, tanto en el país como en América Latina, chocan dos posiciones antagónicas respecto del sistema interamericano de derechos humanos.

Por un lado están quienes consideran que la Convención tiene rango supraconstitucional, que la interpretación de esta por la Corte IDH es vinculante para todos los países que la suscribieron, que dicha interpretación debe estimarse como parte de la normativa de la Convención y que no puede alegarse normativa de orden interno para justificar el

incumplimiento tanto de la Convención como de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos.¹

Por el otro lado se encuentran quienes consideran que la Corte IDH ha excedido sus atribuciones, ha desconfigurado de alguna manera la Convención a través de sus interpretaciones, y que su activismo no solo ha vulnerado el principio de legalidad, sino que ha impuesto de forma antidemocrática modificaciones jurídicas a los países suscriptores, en dirección a una suerte de punitivismo en materia de persecución casi ilimitada de violaciones a los derechos humanos. Esta posición cuestiona, además, la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH.²

Obviamente en el ámbito político la discusión es todavía más radical, pues las críticas al sistema interamericano de derechos humanos, que en las décadas de los setenta y ochenta expresaban las dictaduras latinoamericanas de extrema derecha, son ahora compartidas por los gobiernos autocalificados como progresistas y de izquierda. Así, el gobierno de Ecuador ha calificado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Com IDH) como órgano de dominación de potencias hegemónicas y ha considerado sus decisiones como un atentado a la soberanía nacional, cometido por lo que el presidente Rafael Correa ha denominado “burocracias internacionales”.

De igual forma, se ha cuestionado la ubicación de la sede de la Com IDH en Washington, cuando los Estados Unidos de Norteamérica no son suscriptores de la Convención, y, con ese argumento, también la obligatoriedad del cumplimiento de sus decisiones.

Todas estas consideraciones fueron realizadas a propósito de las medidas cautelares dictadas por la Com IDH en favor de diario *El Universo*, medio de comunicación que fue demandado por el propio presidente Correa y condenado, luego de procesos de cuestionable tramitación, a una indemnización de cuarenta millones de dólares, así como a

¹ Ramiro García Falconí, "Adaptación del derecho interno al derecho internacional, especialmente en lo que se refiere a leyes penales", en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 283 ss.

² Ezequiel Malarino, "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales, en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 425 ss.; Daniel Pastor, *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

penas de tres años de prisión a sus directivos, sentencia que fue ratificada incluso en sede de casación por la Corte Nacional de Justicia.³

En la misma línea, pero con acciones más radicales, el gobierno de Venezuela llegó a denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos y solicitar su exclusión del sistema interamericano.

1. La aplicación de las decisiones de la Corte IDH por los órganos nacionales en el Ecuador

Una de las facultades inherentes a la actividad judicial de la Corte IDH es supervisar el cumplimiento de sus decisiones por los países miembros. El artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, y vincula las obligaciones convencionales de los Estados a todos los poderes o funciones estatales.⁴ La misma Corte ha señalado que la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y —conforme se ha insistido en jurisprudencia reiterada emitida por la Corte IDH y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969— aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.⁵

Ese cumplimiento de buena fe de las obligaciones generadas por el derecho internacional conlleva, como se señaló, el que no pueda invocarse para su incumplimiento el derecho interno, dentro del cual deben entenderse incluso las disposiciones

³ “Tres jueces penales ratifican la sentencia de prisión para directivos de El Universo”, en *El Universo*, 15 de febrero de 2012, <<http://www.eluniverso.com/2012/02/16/1/1355/tres-jueces-penales-ratifican-sentencia-prision-directivos-universo.html>>.

⁴ Cf. caso *Castillo Petrucci y otros contra Perú* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, serie C, n.º 59, considerando tercero, y caso *Vargas Areco contra Paraguay* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de julio de 2010, considerando cuarto.

⁵ Caso *Baena Ricardo y otros contra Panamá* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, considerando quinto.

constitucionales.⁶ Estas reglas son consideradas principios generales del derecho, conforme las han tratado tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia⁷ como, de forma reiterada, la propia Corte IDH, tanto en las sentencias dictadas dentro de casos contenciosos, como en las supervisiones de sentencia y opiniones consultivas.⁸

Los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.⁹ Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Sobre la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, la Corte ha señalado en la opinión consultiva OC-2/82:

[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un

⁶ Cf. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14, § 35. Sobre este tema cabe señalar que resultaría contrario a la Convención el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece un orden jerárquico normativo, por el cual en caso de conflicto se aplicaría la Constitución por sobre la Convención.

⁷ Caso de las *Comunidades greco-búlgaras* (1930), serie B, n.º 17, p. 32; caso de *Nacionales polacos de Danzig* (1931), series A/B, n.º 44, p. 24; caso de las *Zonas libres* (1932), series A/B, n.º 46, p. 167; *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (caso de la Misión del PLO)* (1988), pp. 12, 31-32, § 47.

⁸ Cf. opinión consultiva OC-14/94, cit. (*supra* nota 6); caso *Cinco pensionistas contra Perú* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando sexto, y caso *lvcher Bronstein contra Perú* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando quinto.

⁹ European Commission of Human Rights, Applications nr. 15299/89, 15300/89 and 15318/89, *Chrysostomos et alii v. Turkey* (1991), *Decisions and Reports*, Strasbourg, C. E., [1991], vol. 68, pp. 216-253.

orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹⁰

Este criterio coincide con el expuesto en su momento por otros órganos jurisdiccionales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva relativa a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1951), la cual afirmó:

[...] en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención.

La Comisión y Corte Europeas de Derechos Humanos se han pronunciado en forma similar. En el caso *Austria contra Italia* (1961), la Comisión Europea declaró que las obligaciones asumidas por los Estados partes en la Convención Europea de Derechos Humanos “son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”.¹¹

En igual sentido, la Corte Europea afirmó, en el caso *Irlanda contra Reino Unido* (1978):

[...] a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una “garantía colectiva”.¹²

En el caso *Soering contra Reino Unido* (1989), la Corte Europea declaró:

¹⁰ Opinión consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, denominada *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75), § 29.

¹¹ “European Commission of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application nr. 788/60, *Austria vs. Italy case*”, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, La Haya: M. Nijhoff, 1961, p. 140.

¹² European Court of Human Rights, *Ireland vs. United Kingdom case*, judgment of 18 January 1978, serie A, n.º 25, p. 90, § 239.

[La Convención Europea] debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales [...] el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias.¹³

Teniendo en cuenta las decisiones anotadas, debe considerarse que existen varias formas en las que un Estado miembro puede violar un tratado internacional y específicamente la Convención Americana. En el caso de la Convención, la vulneración puede producirse tanto por omisión al dictar las normas o mecanismos jurídicos a que se encuentran obligados —por ejemplo, aquellas que por mandato del artículo 2 deben incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales— como por la incorporación de normas o mecanismos jurídicos que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.

Que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o en contra de él es indiferente a los efectos de la protección de los derechos humanos.¹⁴ Para una mejor comprensión del tema, es necesario iniciar con el concepto de *ley* que nos propone la Corte IDH:

[...] la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.¹⁵

El hecho de que una ley pertenezca al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro y que haya sido adoptada “de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución” nada significa si mediante ella se viola cualquiera de los derechos o libertades protegidos por la Convención. Las atribuciones de la Corte en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.¹⁶ Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional “no impide

¹³ European Court of Human Rights, *Soering Case*, decision of 26 January 1989, serie A, n.º 161, § 87.

¹⁴ Opinión consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, serie A, n.º 13, § 26; ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁵ Opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, serie A, n.º 6, § 38. El término *leyes* en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁶ Opinión consultiva OC-13/93, cit. (*supra* nota 14), § 27.

en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos”.¹⁷

Respecto del tratamiento que debe darse a la norma interna violatoria de la Convención Americana, tanto por la Com IDH como por la Corte IDH, esta última ha señalado que la Com IDH es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que este ha asumido al ratificarla o adherir a ella. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Com IDH recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria, y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Com IDH directamente al Estado (artículo 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.¹⁸ Diferente es el caso de la actuación de la Corte IDH, la cual, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos.

Cuando se trate de la jurisdicción contenciosa, el análisis debe realizarse bajo parámetros diferentes, pues una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, simplemente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. Puede suceder, asimismo, que las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por su sola vigencia. A estas últimas normas, y a falta de mejor denominación, la Corte las llama *leyes de aplicación inmediata*.¹⁹ En caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella y, a criterio de la Corte, no representa, *per se*, violación de los derechos humanos.²⁰

¹⁷ Ibídem, § 22.

¹⁸ Opinión consultiva OC-14/94, cit (*supra* nota 6), § 38 y 39.

¹⁹ Ibídem, § 41.

²⁰ Ibídem, § 42.

En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así, una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesionaría a todos los individuos de esa raza. Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos al aplicarse, para evitar que tales violaciones se consumen la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (artículo 63.2 de la Convención, artículo 29 del Reglamento de la Comisión).

La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas radica en que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, “para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”, y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.²¹

La exigencia de que se trate de individuos determinados se desprende del artículo 46.1.b, que exige que la petición o comunicación “sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva” y del artículo 46.2.b, que no requiere el agotamiento de los recursos internos y exime de la exigencia del plazo mencionado cuando “no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos”.²² Esta posición sin duda muestra la adhesión de la Corte IDH a la posición sostenida sobre el tema por la Corte Europea de Derechos Humanos.²³

Si el caso llega a la Corte después de haberse seguido el procedimiento pertinente, ella tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado y, en caso afirmativo,

²¹ Ibidem, § 45.

²² Ibidem, § 46.

²³ Casos *Klass and others* (sentencia del 6 de setiembre de 1978, serie A, n.º 28), *Marckx* (sentencia del 13 de junio de 1979, serie A, n.º 31) y *Adolf* (sentencia del 26 de marzo de 1982, serie A, n.º 49), al interpretar la palabra *víctima* que emplea el artículo 25 del Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización.²⁴

La Corte señala como finalidad de su jurisdicción contenciosa el proteger los derechos y libertades de personas determinadas, por lo que no cabe decisión respecto de casos abstractos, pues no existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención.²⁵ Sin embargo, la Corte podría pronunciarse en estos casos dentro de su función consultiva, en aplicación del artículo 64.2 de la Convención. La Comisión por su parte, podría hacer como se señaló anteriormente, y de esa forma cumpliría su función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.

Concluye la Corte que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de esta, y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.²⁶

El cumplimiento tanto de las disposiciones de la Convención cuanto de las resoluciones de la Corte IDH va más allá de la reparación de los derechos individuales de la víctima, pues, como se señala en reiterados fallos, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.²⁷ Tampoco pueden los Estados dejar de tomar las medidas legislativas “o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, en los términos del artículo 2 de la Convención. Estas medidas son las necesarias para “garantizar el libre y pleno ejercicio” de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1.²⁸

La Corte ha sido enfática en señalar que la Convención Americana “establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de

²⁴ Opinión consultiva OC-14/94, cit. (*supra* nota 6), § 48.

²⁵ Ibídem, § 49.

²⁶ Ibídem, § 50.

²⁷ Caso *Suárez Rosero contra Ecuador* (fondo), sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, n.º 35, § 97.

²⁸ Caso *Cesti Hurtado contra Perú* (fondo), sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, n.º 56, § 166.

dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados” y que esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en el orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.

La posición de la Corte IDH al respecto no se basa únicamente en la naturaleza de los tratados de protección de derechos humanos sino en argumentos hasta cierto punto *iusnaturalistas*, como el acudir al “derecho de gentes” casi como un cuerpo normativo positivizado, cuando señala que en el derecho de gentes una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.²⁹ La Corte IDH considera esta norma como válida universalmente y la ha calificado como un principio evidente.³⁰ La Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados, por lo que el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.³¹

Cuando hablamos del derecho interno no nos referimos únicamente a la legislación nacional de cada país, sino también a los mecanismos jurídicos implementados en el ámbito interno por los Estados partes. En casos como la vulneración del artículo 7.3 de la Convención (privación de libertad arbitraria), la violación puede producirse pese a haberse aplicado la norma interna, si esta o la argumentación utilizada es contraria al principio de inocencia, a la Convención y a lo que la Corte ha decidido en la materia.

²⁹ Caso *Garrido y Baigorria* (reparaciones - artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C, n.º 39, § 68 y 69.

³⁰ “*Principe allant de soi*”, *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, CPJI, série B, n.º 10, p. 20.

³¹ Caso *Castillo Petrucci y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52, § 207.

2. El control de convencionalidad

Al control de las modalidades de adecuación de normas, decisiones y mecanismos jurídicos nacionales a la Convención se lo denomina *control de convencionalidad*, criterio introducido por la Corte IDH en 2006³² y ratificado posteriormente en varias resoluciones.³³ En principio, la Corte IDH señala su conciencia respecto de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, en tal razón, obligados a aplicar el derecho interno. Sin embargo, la ratificación de un tratado internacional por un Estado, y en específico de la Convención Americana, somete a esta a los jueces, como parte del aparato estatal, y los obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Dichas leyes, a criterio de la misma Corte IDH, desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

Por consiguiente, los órganos judiciales deben ejercer un *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana, tarea en la cual deberán tomar en cuenta no solamente las normas contenidas en la Convención, sino la interpretación que de ellas ha realizado la Corte IDH, en su calidad de intérprete última de la Convención.³⁴ Esta decisión obedece al principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados, al que ya hemos hecho referencia, por el cual no pueden invocarse para su incumplimiento normas del derecho interno.³⁵ El control de convencionalidad analizado debe ser aplicado *ex officio* por los jueces, dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, tomando por una parte las normas de la Convención Americana y la interpretación de estas efectuada por la Corte IDH, y por otra parte las normas internas, en aplicación de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana.³⁶

³² Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 124.

³³ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, n.º 219, § 176, y caso *Cabrera Montiel Flores contra México* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, § 225.

³⁴ Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, cit. (*supra* nota 32, § 124).

³⁵ Opinión consultiva OC-14/94, cit. (*supra* nota 6), § 35.

³⁶ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, cit. (*supra* nota 33), § 176; caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, cit. (*supra* nota 33), § 225.

Sobre este tema se han pronunciado varios de los más altos tribunales latinoamericanos. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señala:

[...] si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.³⁷

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado:

[...] la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.³⁸

Queda por tanto claro que, además de las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, son vinculantes para los jueces nacionales de los países suscriptores también las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo en su parte decisoria que afecta al país procesado específicamente, sino en sus consideraciones o *ratio decidendi*, en las cuales se desarrolla la interpretación obligatoria de las normas de la Convención. De igual forma, debe enfatizarse que el *control de convencionalidad* debe realizarse respecto de normas, actos e incluso de resultados producidos por ejercicios de democracia directa, conforme se decidió en el caso *Gelman contra Uruguay*.³⁹

³⁷ Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción inconstitucional. Voto 2313-95 (expediente 0421-S-90), considerando VII.

³⁸ Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (expediente n.º 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

³⁹ Caso *Gelman contra Uruguay* (fondo y reparaciones), sentencia de 24 de febrero de 2011 serie C, n.º 221.

3. Estado de cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH por el Estado ecuatoriano

El Ecuador ha recibido sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en trece casos. El dato curioso y representativo de la lamentable situación del derecho a la libertad personal en el país radica en que en el 80 % de los casos⁴⁰ las decisiones se refieren a violaciones de derechos humanos generadas por decisiones judiciales, y en todos ellos por privación arbitraria de la libertad.

El primer caso que mereció sentencia condenatoria de la Corte IDH fue *Suárez Rosero contra Ecuador*.⁴¹ En ella se estableció que el Estado ecuatoriano había violado el derecho a la libertad personal del señor Rafael Suárez Rosero en diferentes formas: se lo sometió a tortura y se le negaron varias garantías de debido proceso. En su parte resolutiva, además de establecer que el Estado del Ecuador violó los artículos 2, 5, 7, 8 y 25 de la Convención, se declaró que debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se hace referencia en la sentencia y eventualmente sancionarlas. Asimismo, se declaró que el Ecuador está obligado a pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hubieran incurrido en las gestiones relacionadas con este proceso, y ordenó abrir la etapa de reparaciones.

Posteriormente, en 2003, la Corte adoptó una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia⁴² en la que declaró que el Ecuador había dado cumplimiento a lo señalado en la sentencia de fondo en cuanto a la no ejecución de la multa impuesta al señor Rafael Suárez Rosero, a la eliminación de su nombre del Registro de Antecedentes Penales de la Policía Nacional y del Registro que lleva el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, a los pagos ordenados a favor del señor Suárez Rosero y de su esposa, la señora Margarita Ramadán Burbano, así como al pago de sus abogados. Mantuvo abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento con relación a la constitución de un fideicomiso a favor de la hija del matrimonio Suárez Ramadán y a la investigación y sanción de las personas responsables de las violaciones de derechos

⁴⁰ Informe del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, año 2011, p. 75.

⁴¹ Caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, cit. (supra nota 27).

⁴² Caso *Suárez Rosero contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003.

humanos establecidas en la sentencia de fondo. En 2007, mediante otra resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia,⁴³ se requirieron nuevamente al Estado ecuatoriano tanto la indemnización que corresponde a la menor Micaela Suárez Ramadán como las investigaciones que permitan determinar los responsables de las violaciones de derechos humanos. En 2009 se decidió, en una nueva resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia,⁴⁴ convocar a la Com IDH, al representante de la víctima y sus familiares y al Estado del Ecuador a una audiencia privada, que se celebró en el LXXXIII periodo ordinario de sesiones de la Corte IDH, con el propósito que se informara a la Corte sobre el cumplimiento de los puntos pendientes de acatamiento de la sentencia de fondo, así como de las de reparaciones y costas emitidas en el presente caso.

Recién el 15 de noviembre de 2011, a través de oficio 9240 suscrito por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, se comunicó a la Corte IDH el acuerdo de cumplimiento por pago de indemnización a Micaela Suárez Ramadán. Respecto de este caso y de la obligación de investigar los responsables de las violaciones de derechos humanos establecidas en la sentencia de fondo, no existe un solo proceso abierto hasta la fecha.

En el caso *Benavides Cevallos contra Ecuador*,⁴⁵ el Estado se allanó a las pretensiones formuladas por la Com IDH y reconoció su responsabilidad en la violación de los derechos protegidos por los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención, en concordancia con su artículo 1.1, en perjuicio de la señorita Consuelo Benavides Cevallos. La Corte IDH resolvió que dicho allanamiento era procedente, tomó nota del reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado del Ecuador y aprobó el acuerdo entre este y los familiares de la víctima respecto del monto y la naturaleza de las reparaciones. En 2003, la Corte IDH emitió una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en la que declaró que el Estado había cumplido el pago ordenado a favor de los familiares de Consuelo Benavides Cevallos y que aún no se ha dado cumplimiento a la obligación de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos determinadas en la sentencia de fondo.

⁴³ Caso *Suárez Rosero contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 julio de 2007.

⁴⁴ Caso *Suárez Rosero contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2009.

⁴⁵ Caso *Benavides Cevallos contra Ecuador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 19 de junio de 1998, serie C, n.º 38.

La indemnización fue de un millón de dólares. En cuanto a la identificación de quienes violaron los derechos humanos de la señorita Benavides, este caso fue uno de los analizados por la Comisión de la Verdad formada a instancias de este gobierno. De los 181 casos en que se determinó documentadamente la existencia de graves violaciones de derechos humanos, solo existe un proceso abierto y no se refiere a Benavides Cevallos.

Uno de los casos más conocidos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos es *Tibi contra Ecuador*,⁴⁶ en cuya sentencia de fondo la Corte IDH declaró que el Estado había violado los derechos a la libertad personal, a la protección judicial, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la propiedad privada del señor Daniel Tibi, y dispuso por unanimidad que la sentencia de fondo constituye *per se* una forma de reparación y que el Estado debe investigar en un plazo razonable los hechos de este caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Tibi. Se dispuso, de igual forma, que el Estado debía publicar la sentencia de fondo en el *Diario Oficial*, así como en un diario de amplia circulación en Francia, además de emitir una declaración formal en la que reconociera su responsabilidad internacional y la implementación de un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos.⁴⁷ En cuanto a las indemnizaciones, la Corte IDH estableció que el Estado debe pagar 148 715 euros por concepto de indemnización de daño material, 207 123 euros por concepto de indemnización del daño inmaterial y 37 282 euros por concepto de las costas y gastos incurridos en los procesos interno e internacional.⁴⁸

En 2006 se emitió una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia⁴⁹ en la que se declaró que el Estado había cumplido con la obligación de publicar la sentencia bajo las modalidades establecidas en ella y que debería entregar a Daniel Tibi la cantidad de 82 850 euros para cubrir el valor de los bienes incautados. De igual forma, se declaró abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los demás

⁴⁶ Caso *Tibi contra Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114.

⁴⁷ Ibídem, p. 111.

⁴⁸ Ibídem, p. 112.

⁴⁹ Caso *Tibi contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.

puntos pendientes de acatamiento señalados en la sentencia de fondo. En 2009 se emitió una nueva resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia,⁵⁰ en la que, además de declararse cumplidos algunos puntos de la sentencia de fondo, se dejó abierto el proceso de cumplimiento respecto de otros que no se habían verificado hasta entonces, especialmente la identificación de los responsables de las violaciones a los derechos humanos irrogadas al señor Tibi. Finalmente, en 2011 se emitió una nueva resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en la que se declararon cumplidos todos los puntos resolutivos de la sentencia de fondo, con excepción de la identificación, el juzgamiento y la sanción a todos los responsables de las violaciones a los derechos del señor Daniel Tibi y la creación de un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos para diferentes instituciones estatales. De acuerdo a información proporcionada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, este comité ya se ha conformado y se encuentra en investigación respecto de los agentes que detuvieron al señor Tibi.

En 2005 se dictó sentencia en contra del Estado ecuatoriano, dentro del caso *Acosta Calderón contra Ecuador*,⁵¹ por violación de los derechos protegidos por los artículos 7, 8 y 25 de la Convención. La Corte IDH dispuso la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*, la eliminación de los antecedentes penales del señor Rigoberto Acosta Calderón y el pago por concepto de daño material e inmaterial, dentro del plazo de un año. En 2008 se dictó una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia⁵² respecto de este caso, en la que se declaró que el Estado del Ecuador había dado pleno cumplimiento a la sentencia de 24 de junio de 2005 y resolvió por tanto dar por terminado el proceso.

La sentencia dictada dentro del caso *Zambrano Vélez y otros contra Ecuador*⁵³ aceptó el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado respecto a la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, así como el derecho a la vida establecido en su artículo 4.1. Dispuso, entre otros puntos, la investigación para identificar

⁵⁰ Caso *Tibi contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009.

⁵¹ Caso *Acosta Calderón contra Ecuador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de junio de 2005, serie C, n.º 129.

⁵² Caso *Acosta Calderón contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de febrero de 2008.

⁵³ Caso *Zambrano Vélez y otros contra Ecuador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 4 de julio de 2007, serie C, n.º 166.

a los responsables de las violaciones a los derechos de los demandantes, la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*, la implementación de programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Respecto de la ejecución de esta sentencia, la Corte IDH ha emitido tres resoluciones de supervisión de cumplimiento. La primera, el 22 de mayo de 2009,⁵⁴ resolvió convocar a las partes a una audiencia privada con el propósito de que la Corte obtuviera información del Estado sobre el cumplimiento de todas las medidas de reparación ordenadas en la sentencia de fondo. La segunda resolución, dictada el 21 de septiembre de 2009,⁵⁵ declaró cumplidos varios puntos dispuestos en la sentencia y decidió mantener abierto el procedimiento de supervisión de los puntos pendientes de acatamiento, fundamentalmente las diligencias para determinar los autores de las violaciones de derechos humanos y el pago a los familiares de las víctimas por concepto de intereses moratorios en relación con los pagos realizados en concepto de indemnización por daño material e inmaterial.

En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*,⁵⁶ la Corte IDH declaró que el Estado ecuatoriano había violado los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, integridad personal y propiedad privada, establecidos en los artículos 5, 7, 8 y 21 de la Convención Americana, en contra de los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez. Por tal motivo, la Corte IDH dispuso por unanimidad: que el Estado ecuatoriano eliminara el nombre de los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez de los registros públicos en los que todavía aparecían con antecedentes penales; que el Estado ecuatoriano comunicara de manera inmediata a las instituciones privadas concernientes la supresión de sus registros de toda referencia a los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez como autores o sospechosos del ilícito que se les imputó; que el Estado hiciera pública la sentencia de la Corte IDH sobre el caso en cuestión en un plazo de seis meses

⁵⁴ Caso *Zambrano Vélez y otros contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2009.

⁵⁵ Caso *Zambrano Vélez y otros contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2009.

⁵⁶ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie C, n.º 170.

a partir de la notificación de la sentencia; que el Estado adecuara su legislación a los parámetros de la Convención; que el Estado adoptara todas las medidas administrativas o de otro carácter que fueran necesarias para eliminar de oficio los antecedentes penales de las personas absueltas o sobreseídas definitivamente, implementando también medidas legislativas pertinentes para dicho fin; que el Estado ecuatoriano y el señor Juan Carlos Chaparro Álvarez se sometieran a un proceso arbitral para fijar las cantidades correspondientes al daño material sufrido por el segundo, y que el Estado indemnizara por daño material e inmaterial a los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez.

Respecto a este caso, la Corte IDH emitió tres resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias entre los años 2009 y 2011. En la primera,⁵⁷ de 29 de abril de 2009, se declaró que el Estado había dado cumplimiento total al punto referente a la eliminación de los nombres de los señores Chaparro y Lapo de los registros públicos; sin embargo, debido al incumplimiento parcial o total del resto de los puntos, se mantenía abierto el procedimiento de supervisión.

El 19 de mayo de 2010 se emitió la segunda resolución,⁵⁸ en la cual se declararon cumplidas las obligaciones de comunicar a instituciones privadas la supresión de los registros en que se hiciera referencia a los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez como autores o sospechosos del ilícito que se les imputó, así como la adecuación de la normativa interna a la Convención. El proceso de supervisión continuó abierto, en espera del cumplimiento de la totalidad de los puntos.

La tercera resolución,⁵⁹ de 22 de febrero de 2011, declaró que el Estado había cumplido totalmente con la obligación de pagar al señor Chaparro Álvarez el interés bancario moratorio, y parcialmente con la obligación de difundir la sentencia por radio y televisión. El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia se encuentra abierto debido al incumplimiento parcial de la obligación de difundir la sentencia por radio y televisión, de la obligación de adoptar medidas legislativas o administrativas necesarias para eliminar de oficio los antecedentes penales de las personas absueltas o sobreseídas

⁵⁷ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de abril de 2009.

⁵⁸ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2010.

⁵⁹ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011.

definitivamente, y de la obligación de someterse a un proceso arbitral para fijar las cantidades correspondientes a daño material del señor Chaparro Álvarez.

De manera oficial, el Ministerio de Justicia ecuatoriano ha manifestado que a la fecha ya se ha definido por medio de un arbitraje el mecanismo de pago a los daños causados por el Estado al señor Chaparro, así como también se ha puesto en conocimiento del sistema financiero nacional el sobreseimiento de los señores Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Del mismo modo, el Ministerio indicó que el Estado ecuatoriano ha realizado una cadena nacional de disculpa pública en televisión, y que al momento se encuentra pendiente la reforma de la legislación del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

En el caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*,⁶⁰ la Corte IDH declaró que el Estado ecuatoriano violó los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la integridad personal en perjuicio de Carmen Cornejo de Albán y de Bismarck Albán Sánchez. En tal virtud, la Corte IDH dispuso las siguientes medidas reparatorias: que el Estado ecuatoriano publicara en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional determinados párrafos de la sentencia; que el Estado realizara una amplia difusión, por medios de comunicación, de los derechos de los pacientes; que el Estado pusiera en marcha programas de formación y capacitación a los operadores de justicia y operadores de la salud sobre la normativa relacionada con el derecho de los pacientes; que el Estado pagara a Carmen Cornejo de Albán y a Bismarck Albán Sánchez una indemnización por daño material e inmaterial, y que el Estado pagara a Carmen Cornejo de Albán y a Bismarck Albán Sánchez por concepto de costas y gastos generados por el proceso interno e internacional.

Sobre esta sentencia, el 6 de julio de 2009 se dictó una decisión de supervisión de cumplimiento,⁶¹ la cual declaró el cumplimiento total de la obligación del pago de las indemnizaciones por daño material e inmaterial a Carmen Cornejo de Albán y a Bismarck Albán Sánchez, y el pago por concepto de costas y gastos de los procesos interno e internacional. El proceso de supervisión se mantuvo abierto debido al incumplimiento parcial o total del resto de los puntos.

⁶⁰ Caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171.

⁶¹ Caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2009.

Un año después, la Corte IDH emitió una nueva resolución de supervisión de sentencia,⁶² en la que simplemente declaró que mantendría abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos pendientes de acatamiento, tales como la obligación de publicar ciertos párrafos de la sentencia en los medios de comunicación y el *Diario Oficial*, la obligación de difundir los derechos de los pacientes y la obligación de capacitar a los operadores de justicia y operadores de la salud sobre la normativa referente a los derechos de los pacientes. Pese a esta declaración de agosto de 2010 de la Corte IDH, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador informó el 29 de junio de 2012 que con fecha 7 de febrero de 2008 se habían publicado en el Registro Oficial los extractos determinados por la Corte IDH. También indicó que el 15 de marzo de 2008 y el 3 de marzo de 2010 se habían publicado en los diarios *El Telégrafo* y *El Comercio*, respectivamente, los extractos de la sentencia.

En el caso *Salvador Chiriboga contra Ecuador*,⁶³ la Corte IDH declaró que el Estado ecuatoriano había violado el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en relación con los derechos a las garantías y la protección judicial. En tal virtud, en esa misma sentencia se decidió determinar el monto y el pago de la indemnización justa por la expropiación de los bienes de María Salvador Chiriboga, así como cualquier otra medida tendiente a reparar las violaciones declaradas. A partir de esa sentencia, se expidió una nueva sentencia de reparación y costas⁶⁴ en la que la Corte IDH dispuso lo siguiente: que el Estado pagara una indemnización a la señora María Salvador Chiriboga; que el Estado pagara USD 9 435 757,80 por concepto de daño material relativo a los intereses generados; que el Estado pagara por concepto de daño inmaterial la suma de USD 10 000; que el Estado pagara a María Salvador Chiriboga por concepto de costas y gastos; que el Estado devolviera los valores pagados por concepto de impuestos prediales, adicionales y otros tributos indebidamente cobrados, con sus respectivos intereses, y, finalmente, que el Estado ordenara la publicación de ciertos párrafos de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional.

⁶² Caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de agosto de 2010.

⁶³ Caso *Salvador Chiriboga contra Ecuador* (excepción preliminar y fondo), sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C, n.º 179.

⁶⁴ Caso *Salvador Chiriboga contra Ecuador* (reparación y costas), sentencia de 3 de marzo de 2011, serie C, n.º 222.

Sobre este caso no se ha dictado ninguna resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia; sin embargo, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos ha Manifestado:

El día 23 de marzo de 2012, el MJDHC asumió el pago de USD 60.000 correspondiente a costas y gastos y daño inmaterial. El día 30 de marzo de 2012 el MJDHC realizó el pago de 5,628.151,56 USD por concepto de indemnización e intereses (primer tramo de cinco). El día 18 de mayo de 2012, el MJDHC publicó en el diario *El Telégrafo* la publicación del resumen oficial de la sentencia elaborado por la Corte.

En el caso *Vera Vera y otra contra Ecuador*,⁶⁵ la Corte IDH declaró que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido se dispusieron las siguientes medidas reparatorias: que el Estado publicara extractos determinados de la sentencia en el *Diario Oficial* y en diarios de amplia circulación nacional, y que pagara indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como las costas y gastos procesales internos e internacionales.

Mediante una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia,⁶⁶ la Corte IDH manifestó que el Ecuador ha dado cumplimiento total a la obligación de publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia difusión el resumen oficial de la sentencia, así como también ha pagado las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por reintegro de costas y gastos. Finalmente, la propia Corte IDH resolvió continuar supervisando el cumplimiento de la sentencia.

En concordancia con lo expuesto en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos ha indicado que la señor Mercedes Vera Valdez, en el acuerdo de cumplimiento, solicitó que la publicación del resumen oficial de la sentencia se realizara en el diario *Extra* el lunes 5 de septiembre de 2011. El Ministerio indicó que la nota de prensa se publicó también en su página web oficial, con la aprobación de la beneficiaria.

⁶⁵ Caso *Vera Vera y otra contra Ecuador* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 19 de mayo de 2011, serie C, n.º 226.

⁶⁶ Caso *Vera Vera y otra contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2012.

En el caso *Mejía Idrovo contra Ecuador*,⁶⁷ la Corte IDH declaró que el Estado ecuatoriano es responsable por la violación del derecho de protección judicial establecido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio de José Alfredo Mejía Idrovo. En tal virtud, dispuso lo siguiente: que el Estado publicara en el *Diario Oficial* y en un diario de amplia difusión nacional el resumen oficial de la sentencia, y que el Estado pagara indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y costas y gastos por los procesos internos e internacionales.

Sobre este caso, la Corte IDH se ha pronunciado en dos ocasiones con resoluciones de supervisión de cumplimiento de la sentencia. La primera fue el 26 de junio de 2012,⁶⁸ cuando declaró que el Estado había dado cumplimiento total a su obligación de publicar el resumen oficial de la sentencia en el *Diario Oficial* y en un diario de amplia circulación nacional, y había publicado íntegramente la sentencia en la página web oficial. Sin embargo, el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia se mantendría abierto en lo relativo al pago de indemnizaciones y costas. Posteriormente, en una nueva resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia,⁶⁹ la Corte IDH declaró que el Estado ecuatoriano había dado cumplimiento total al pago de sus obligaciones por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y costas y gastos dentro de los plazos y los términos previstos. Esta última resolución de la Corte IDH concuerda con lo determinado por el propio Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, que informó del monitoreo realizado al cumplimiento de la sentencia y de la responsabilidad asumida por el Ministerio de Defensa Nacional, por haber sido la institución que produjo las violaciones de derechos humanos en contra del señor Mejía Idrovo.

En el caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*,⁷⁰ la Corte IDH declaró por unanimidad que el Estado ecuatoriano es responsable por la violación del derecho a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también es responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida y a

⁶⁷ Caso *Mejía Idrovo contra Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 5 de julio de 2011, serie C, n.º 228.

⁶⁸ Caso *Mejía Idrovo contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de junio de 2012.

⁶⁹ Caso *Mejía Idrovo contra Ecuador* (supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2012.

⁷⁰ Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador* (fondo y reparaciones), sentencia de 27 de junio de 2012, serie C, n.º 245.

la integridad personal, reconocidos en el artículo 4 de la Convención, y también como responsable por la violación de las garantías y la protección judicial establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención.

En tal virtud, la Corte IDH dispuso las siguientes medidas: que el Estado ecuatoriano neutralizara, desactivara y retirara la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el pueblo en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados; que el Estado consultara al pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales, en caso de que se pretendiera realizar alguna actividad de extracción de recursos naturales en su territorio; que el Estado adoptara medidas legislativas, administrativas o de otra índole que fueran necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo el derecho a consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas, asegurando su participación; que el Estado implementara programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales; que el Estado realizara un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por las violaciones a derechos humanos en el presente caso; que el Estado publicara extractos de la sentencia, y que el Estado pagara las indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos incurridos en los procesos internos e internacionales. Debido a lo reciente de la sentencia no existe resolución respecto de su cumplimiento, ni pronunciamiento alguno del Estado en ese sentido.

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LA CORTE Y DE LA COMISIÓN INTERAMERICANAS EN EL DERECHO PENAL DE LOS ESTADOS PARTES. INFORME DE EL SALVADOR

Jaime Edwin Martínez Ventura

RESUMEN. El Salvador es uno de los pocos países de Iberoamérica que proclaman explícitamente en su Constitución la existencia y la validez de un ordenamiento jurídico internacional con jerarquía normativa supralegal. Desde 1978 es parte de la CADH y en 1995 reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH. Sin embargo, las tres primeras de cuatro sentencias condenatorias de dicha Corte contra este país —existentes hasta diciembre de 2012— no han sido cumplidas en lo que atañe a la parte dispositiva que ordena continuar o reiniciar los procesos penales respectivos y superar las limitaciones u obstáculos de hecho y de derecho que impidan investigar de manera efectiva. Este estudio presenta un panorama de la influencia de las resoluciones de la Corte IDH en el derecho penal y procesal penal de El Salvador y analiza si las decisiones de dichos órganos son cumplidas en el ámbito interno y en qué medida. Repasa los aspectos más relevantes de la incorporación del derecho internacional en el ámbito interno, entre ellos el reconocimiento y la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la aplicación directa de la CADH y el reconocimiento en el derecho interno de la obligatoriedad estatal de cumplir con las decisiones de la Com IDH.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia, El Salvador, cumplimiento de sentencias condenatorias.

ABSTRACT. El Salvador is one the few Ibero-American countries whose constitution explicitly proclaims the existence and validity of an international legal system with supra-legal hierarchy. The country has been party to the American Convention on Human Rights since 1978, and in 1995 it recognized the contentious jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. Nonetheless, there has been no compliance with the orders contained in the first three of four unfavorable judgments of the Court (up to December 2012) with regard to continuing or reopening criminal

proceedings and overcoming any factual or legal obstacles to effective investigation. This essay offers an overview of the influence of the Inter-American Court of Human Rights' resolutions on El Salvador's criminal law and criminal procedure, and analyzes the degree of compliance with these decisions at the domestic level. It reviews the most relevant aspects of the incorporation of international law into the national system, including the recognition and hierarchy of international treaties within the country's legal order, the direct application of the American Convention on Human Rights and the recognition in domestic law of the State's obligation to comply with the decisions of the IACtHR.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, case law, El Salvador, compliance with rulings against national governments.

ZUSAMMENFASSUNG. El Salvador gehört zu den wenigen iberoamerikanischen Staaten, deren Verfassung das Bestehen und die Geltung einer internationalen Rechtsordnung mit übergeordneter Stellung ausdrücklich anerkennt. Es hat 1978 die AMRK unterzeichnet und 1995 die Zuständigkeit des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte anerkannt. Im Zusammenhang mit den ersten drei von insgesamt vier Verurteilungen des Landes, die der Gerichtshof bis 2012 ausgesprochen hat, wurden allerdings verschiedene Verfügungen des Gerichtshofs nicht umgesetzt. Diese zielen darauf, bestimmte Strafverfahren fortzusetzen bzw. wieder aufzunehmen sowie tatsächliche und rechtliche Beschränkungen und Behinderungen zu beseitigen, die einer effektiven Untersuchung im Weg stehen. Die vorliegende Untersuchung stellt den Einfluss der Beschlüsse des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das Straf- und Strafprozessrecht El Salvadors dar und untersucht, ob bzw. in welchem Umfang die Entscheidungen der genannten Organe innerstaatlich umgesetzt werden. Dabei geht sie auf die wichtigsten Aspekte der Stellung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht ein, darunter die Anerkennung internationaler Verträge und ihr Rang im innerstaatlichen Recht, die unmittelbare Anwendung der AMRK und die Anerkennung der Pflicht des Staates zur Umsetzung der Entscheidungen der Interamerikanischen Menschenrechtskommission.

Schlagwörter: Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Rechtsprechung, El Salvador, Umsetzung von Verurteilungen.

1. Introducción

En este informe se presenta un panorama sobre la influencia de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o la Corte) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Com IDH o la Comisión) en el derecho penal y procesal penal de El Salvador, con el objetivo de exponer si las decisiones de dichos órganos son cumplidas en el ámbito interno y en qué medida.

Por decisiones en este trabajo se entienden exclusivamente tres tipos de actos: 1) lo dispuesto por la Corte en la parte resolutiva de las sentencias como reparación en casos contenciosos; 2) lo sugerido por la Corte IDH en una opinión consultiva, y 3) lo recomendado por la Comisión al término de un informe según los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

El informe se divide en seis partes. En la primera (sección 2) se desarrollan los aspectos más relevantes de la incorporación del derecho internacional, especialmente de la CADH, en el ámbito interno, entre ellos el reconocimiento y la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la aplicación directa de la Convención Americana y el reconocimiento en el derecho interno de la obligatoriedad estatal de cumplir con las decisiones de la Com IDH y de la Corte IDH.

En la segunda parte (sección 3), la principal de este estudio, se tratan los efectos de las decisiones de los órganos interamericanos en materia penal y procesal penal, dividiendo tales decisiones, para efectos expositivos, en decisiones de la Corte IDH en sentencias de casos contenciosos, opiniones consultivas y recomendaciones de la Com IDH, cada una en tres ámbitos: en la legislación, en casos judiciales concretos y otro tipo de efectos en materia penal y procesal penal.

En la sección 4 se responde a la pregunta de si existen en El Salvador mecanismos jurídicos para hacer efectivas en el ámbito interno las decisiones de la Corte IDH. En la sección 5 se hace referencia a los criterios legales o de jurisprudencia nacional utilizados en relación con el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos en casos penales y no penales. La sección 6 se ocupa de explicar si existen obstáculos jurídicos o jurídico-constitucionales que se oponen al cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos. Por último, en la sexta parte (sección 7) se exponen algunas conclusiones.

2. Incorporación del derecho internacional, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos en el ámbito interno

2.1. Incorporación del derecho internacional en general

El Salvador, junto con Argentina, Costa Rica, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela, forman parte de la excepcionalidad de países iberoamericanos que cuentan con disposiciones jurídicas constitucionales o legales internas que reconocen un orden jurídico internacional o supranacional.

En cuanto a la jerarquía de los tratados dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, estos tienen por disposición constitucional un valor supralegal, aunque por debajo de la Constitución de la República; así lo dispone el artículo 144 de la de la Carta Magna salvadoreña, al prescribir que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, con un valor superior a las leyes ordinarias, las cuales no pueden modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador, por lo que si en determinadas circunstancias el tratado y la ley entraran en conflicto, prevalecerá el tratado.¹

No obstante, de conformidad con el texto constitucional, lo dispuesto en un tratado no puede estar sobre la Constitución de la República, ya que los tratados o convenios internacionales, aunque tienen valor superior al de las leyes comunes, no son incorporados al texto de la Constitución, no forman parte del llamado *bloque de constitucionalidad* y, en consecuencia, si en un momento se determina que una disposición convencional es contraria a la Constitución de la República, no podrá prevalecer sobre esta.²

En cuanto a la autoridad competente y el procedimiento para la suscripción y ratificación de los tratados internacionales, el artículo 168, ordinal 4.º, de la Constitución

¹ La disposición constitucional literalmente reza:

"Art. 144. Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

"La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado".

² Al menos esta es la posición oficial que el Estado salvadoreño ha sostenido continuamente, en coherencia con la declaración que expresó en el instrumento de ratificación de la Convención Americana, depositado en la Secretaría General de la OEA el 23 de junio de 1978, tal como se verá más adelante.

salvadoreña establece como atribución del presidente de la República celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa y vigilar su cumplimiento, atribución que, conforme al Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, el presidente ejerce por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores.³ A su vez, el artículo 131, ordinal 7.º, de la Constitución prescribe que es atribución de la Asamblea Legislativa ratificar dichos tratados.⁴

2.2. Incorporación de la Convención Americana de Derechos (CADH)

El Salvador ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante decreto legislativo 5, de fecha 15 de junio de 1978, publicado en el *Diario Oficial* n.º 113, del 19 de junio de 1978. El instrumento de ratificación fue recibido en la Secretaría General de la OEA el 23 de junio de 1978, con una reserva relativa al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH y una declaración.⁵

³ Dicho Reglamento, en lo pertinente dice:

"Art. 32. Compete al Ministerio de Relaciones Exteriores:
" [...] "

"2. Gestionar, negociar, firmar y denunciar tratados, convenciones y acuerdos internacionales oyendo la opinión de la Secretaría interesada cuando fuere necesario; [...]".

⁴ La ratificación de los tratados, por regla general, requiere el voto de la mayoría simple de los diputados electos. Hay dos excepciones en las que se exige el voto de una mayoría calificada de dos tipos: dos tercios de los votos de los diputados electos, en los tratados relativos a la extradición (artículo 28, inciso 3.º constitucional), y el voto de por lo menos las tres cuartas partes de los diputados electos, en los casos relacionados con el territorio nacional y los límites de la República, según lo dispone el artículo 147 de la Constitución.

En lo que atañe a reservas o prohibiciones constitucionales relativas a determinadas materias u objetos de convenios o tratados, el artículo 145 constitucional prescribe que no pueden ratificarse los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República.

Asimismo, el artículo 146 constitucional prohíbe la celebración o ratificación de tratados o el otorgamiento de concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. Esta prohibición incluye a los tratados internacionales o los contratos con gobiernos o empresas nacionales o internacionales en los cuales se someta el Estado salvadoreño a la jurisdicción de un tribunal de un Estado extranjero, lo cual, según el mismo texto constitucional, no impide que tanto en los tratados como en los contratos el Estado salvadoreño, en caso de controversia, someta la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacionales.

⁵ Esa reserva y esa declaración dicen:

"Ratificase la presente Convención, interpretándose las disposiciones de la misma en el sentido de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente tendrá competencia para conocer de cualquier caso que le pueda ser sometido, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por cualquier Estado Parte, siempre

2.3. Aplicación directa de la CADH

El artículo 144 de la Constitución de la República establece que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales son leyes de la República desde que entran en vigencia. Es decir, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno y por lo tanto deben ser cumplidos y aplicados directamente por los tribunales y autoridades competentes, e incluso pueden ser invocados por las personas naturales o jurídicas en situaciones y casos concretos en los que tengan interés, en particular cuando se trata de normas de orden público que no necesitan ser desarrolladas en leyes secundarias por tratar asuntos de contenido político o de relaciones fundamentales de los Estados.⁶ En consecuencia, la CADH puede y debe ser aplicada directamente por los tribunales, autoridades públicas y demás funcionarios competentes.

En la práctica, la aplicación directa de la CADH por los tribunales superiores de El Salvador —entendiendo por tales la Sala de lo Constitucional, la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, más las cámaras de lo penal de segunda instancia— es muy reciente. Para los efectos de este estudio y según la información disponible, las primeras aplicaciones son del año 2002,⁷ mientras que la vigencia de esta Convención comenzó el 23 de junio de 1978. Es decir, tuvieron que pasar más de veinte años para que los principales tribunales de este país se decidieran a utilizar directamente lo dispuesto en la CADH para el fundamento de sus sentencias o resoluciones.

y cuando el Estado de El Salvador, como parte en el caso, haya reconocido o reconozca dicha competencia, por cualquiera de los medios y bajo las modalidades que en la misma Convención se señalan.

"Ratíficase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada 'Pacto de San José de Costa Rica', suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, compuesta de un preámbulo y ochenta y dos artículos, aprobada por el Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores mediante Acuerdo número 405, de fecha 14 de junio del corriente año, haciendo la salvedad que tal ratificación se entiende sin perjuicio de aquellas disposiciones de la Convención que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos de la Constitución Política de la República".

⁶ No obstante, muchos tratados, debido al objeto o materia que regulan, requieren para su aplicación efectiva de la emisión de legislación interna, como es el caso de los convenios internacionales en materia ambiental, contra el narcotráfico, el crimen organizado y otros. Al respecto véase Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), Departamento de Estudios Legales, "Ratificación y observancia de los tratados internacionales", *Boletín de Estudios Legales*, n.º 79, julio de 2007, San Salvador, p. 5.

⁷ No se descarta que estos tribunales superiores o los tribunales de primera instancia de lo penal hayan aplicado directamente esta Convención antes del año 2002, pero debido a la falta de registros jurisprudenciales ordenados en esos años previos, eso no fue objeto de estudio en este informe.

Aunque la aplicación directa de la CADH en materia penal y procesal penal por los tribunales salvadoreños está todavía en ciernes, existe una cantidad importante de sentencias y resoluciones en las que se ha aplicado dicha convención con relación a varios temas e instituciones penales y procesales penales.⁸ A manera de ejemplo se citan las cinco siguientes:

- *Derecho del imputado a ser informado de los motivos de su detención* (Sala de lo Constitucional/Hábeas Corpus/Sentencias Definitivas, 53-2010, del 6.10.2010).⁹
- *Derecho del imputado a contar con un defensor de su elección* (Sala de lo Penal/Sentencias Definitivas, 165-CAS-2009, del 7.11.2011; sentencia de la Sala de lo Penal ref. 474-CAS-2006, del 29.5.2008; sentencia de la Sala de lo Penal ref. 70-CAS-2008, del 4.6.2008; sentencia de la Sala de lo Penal, ref. 437-CAS-2004, del 8.8.2007; sentencia de la Sala de lo Penal, ref. 239-CAS-2004, del 15.2.2005).¹⁰
- *Principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal* (sentencia definitiva de Sala de lo Contencioso, ref. 193-M-2001, del 14.3.2003, y sentencia definitiva de la Sala de lo Contencioso, ref. 206-C-2001, del 6.5.2004).¹¹

⁸ Dicha aplicación directa puede ser consultada en Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Centro de Documentación Judicial, Jurisprudencia, Líneas jurisprudenciales, <<http://www.jurisprudencia.gob.sv/visor2012/lineas.aspx>>. Como parte de la investigación realizada para este informe, se identificaron y analizaron más de 30 sentencias en las que se hace aplicación directa de la CADH con relación a 17 temas o instituciones penales o procesales penales, en sentencias definitivas de la Sala de lo Constitucional, Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, y por las cámaras de lo penal de segunda instancia.

⁹ La sentencia, en lo sustancial dice: El mencionado derecho también se recoge en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en su artículo 7 número 4.º: "Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella [...]".

¹⁰ En lo pertinente, estas sentencias coincidentemente expresan: "Aunado a lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —artículo 8.2 Lit.d)— y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —artículo 14.3 Lit. d)— reconocen el derecho del imputado de ser representado en el proceso por 'un defensor de su elección', de donde resulta claro que se trata de un derecho fundamental, y por lo mismo, su ejercicio es inherente a la inviolabilidad de la defensa en el procedimiento".

¹¹ El contenido pertinente de las sentencias reza: "Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, OEA, 1969), ratificada con interpretación por El Salvador a través del Decreto Legislativo número cinco del quince de junio de mil novecientos setenta y ocho, publicado en el Diario Oficial número ciento cincuenta y nueve, del diecinueve de junio del mismo año, lo reconoce en su artículo 9 Principio de Legalidad y de Retroactividad: 'Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello'".

- *Debida aplicación del principio ne bis in idem* (Sala de lo Penal/Sentencias Definitivas, 235-CAS-2007, del 21.4.2010; Sentencias Definitivas, 283-CAS-2005, del 27.9.2010; sentencia de la Sala de lo Penal, ref. 599-CAS-2006, del 4.9.2009; sentencia de la Sala de lo Penal, ref. 63-CAS-2006, del 23.7.2008; sentencia de la Sala de lo Penal, ref. 4-CAS-2005, del 30.11.2005; sentencia de la Sala de lo Penal, ref. 298-CAS-2005, del 9.12.2005; Cámara de la 3.^a Sección del Centro, San Vicente, ref. 65-03/03 del 27.5.2004).¹²
- *Principio de excepcionalidad de la detención preventiva* (sentencia de la Cámara de la 2.^a Sección de Occidente, Sonsonate, del 7.2.2007; sentencia de la Cámara de la 3.^a Sección de Occidente, Ahuachapán, ref. 84/06, del 14.8.2006; sentencia de la Cámara de la 3.^a Sección de Occidente, Ahuachapán, ref. 05/06, del 12.1.2006; sentencia de la Cámara de la 3.^a Sección de Occidente, Ahuachapán, ref. 76/06, del 19.7.2006; sentencia de la Cámara de la 3.^a Sección de Occidente, Ahuachapán, ref. 131/06, del 17.11.2006; Cámara de la 3.^a Sección de Occidente, Ahuachapán, del 25.1.2005; Cámara de la 2.^a Sección de Occidente, Sonsonate, ref. 60-2004, del 15.12.2004; Cámara de la 3.^a Sección de Occidente, Ahuachapán, del 12.12.2003; Cámara de la 3.^a Sección de Occidente, Ahuachapán, del 29.4.2003; sentencia del 21.2.2002, Cámara de la 2.^a Sección de Occidente, Sonsonate).¹³

¹² Las sentencias en lo atinente y de manera similar expresan:

"A la vista de la alegación formulada por el recurrente, es preciso constatar que el Art. 11 de la Constitución, encierra una serie de garantías y principios que deben ser cumplidos en forma evidente, a fin de procurar y preservar un juicio justo; de tal manera, que figura entre éstos el de legalidad procesal, el cual supone que el juzgador imparcialmente cumplirá con la organización estructural y funcional durante la totalidad del proceso, con el objetivo de evitar la manipulación antojadiza de su organización ya determinada.

"También figura como garantía procesal, aquella que prohíbe el doble juzgamiento o lo que en doctrina se le denomina non bis in ídem, la que también es reconocida por la normativa internacional, verbigracia el Art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]."

¹³ Las sentencias citadas, en lo pertinente y de manera coincidente, dicen: "Es oportuno señalar que es facultad exclusiva de los jueces valorar en cada caso concreto y de acuerdo a las circunstancias particulares del mismo, la aplicación del 'principio de excepcionalidad de la detención provisional' que consagran los Arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al decir que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general y que la libertad de los procesados podrá estar subordinada a garantías que aseguren su presencia al juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales".

2.4. Reconocimiento en el derecho interno de la obligatoriedad estatal de cumplir con las decisiones de la Comisión IDH y de la Corte IDH

El Salvador no tiene instrumento jurídico alguno en el que reconozca la obligación de cumplir las recomendaciones de la Com IDH, aunque, cuando se trata de medidas cautelares ordenadas por dicho organismo, por regla general las ha cumplido, como se verá más adelante.

En cambio, sí reconoce jurídicamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el decreto legislativo 319, de 30 de marzo de 1995, publicado en el *Diario Oficial* n.º 82, tomo 327, del 5 de mayo de 1995. Dicho reconocimiento de competencia se hizo efectivo desde el 6 de junio de 1995, fecha en que fue presentado el instrumento respectivo ante la Secretaría General de la OEA, con una reserva consistente en que la aceptación de competencia es solo para los hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha en que se depositó el instrumento de reconocimiento ante la OEA, reservándose el derecho de “hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno”.¹⁴

¹⁴ La Declaración de Aceptación de Competencia dice:

“I. El Gobierno de El Salvador reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin Convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos o ‘Pacto de San José’.

“II. El Gobierno de El Salvador, al reconocer tal competencia, deja constancia que su aceptación se hace por plazo indefinido, bajo condición de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia, comprende sola y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

“III. El Gobierno de El Salvador, reconoce tal competencia de la Corte, en la medida en que este reconocimiento es compatible con las disposiciones de la Constitución de la República de El Salvador”.

3. Los efectos de las decisiones de los órganos interamericanos en materia penal y procesal penal

3.1. Decisiones de la Corte IDH en sentencias sobre reparaciones

El Salvador, hasta la fecha, ha sido condenado por la Corte IDH en dos casos relativos a desapariciones forzadas de niños y niñas durante el conflicto armado: el caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*¹⁵ y el caso *Contreras y otros contra El Salvador*.¹⁶ Una tercera causa por hechos ocurridos en la posguerra, relativa a una ejecución sumaria y violación de los derechos y las garantías judiciales a la protección judicial y a la integridad personal es el caso *García Prieto y otros contra El Salvador*.¹⁷ El 10 de diciembre de 2012 se dio a conocer públicamente la cuarta sentencia condenatoria contra El Salvador, de fecha 25 de octubre de ese mismo año, por las sucesivas masacres cometidas por un batallón de élite del ejército entre el 11 y 13 de diciembre de 2011, en diversos sitios del norte del departamento de Morazán, conocido como caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador*. Sin embargo, por tratarse de la más reciente de estas sentencias, cuyo cumplimiento aún no ha llegado a sus términos, no será objeto de análisis en este trabajo.

3.1.1. Efectos sobre la legislación

En la sentencia del caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, la Corte IDH, en cuanto a efectos sobre la legislación, en el punto dispositivo 6, ordena:

6. El Estado debe [...] eliminar todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones en el presente caso,¹⁸ de modo que utilice

¹⁵ Véase Corte IDH, caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, sentencia del 1 de marzo de 2005, <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.

¹⁶ Véase Corte IDH, caso *Contreras y otros contra El Salvador*, sentencia del 31 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas), <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.

¹⁷ Véase Corte IDH, caso *García Prieto y otros contra El Salvador*, sentencia del 20 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.

¹⁸ Se refiere al primer deber que impone esta sentencia, como es el de investigar efectivamente los hechos denunciados en ese caso, en un plazo razonable. (Nota del autor.)

todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas [...] en los términos de los párrafos 166 a 182 de la presente Sentencia.

Por consiguiente, este punto resolutivo debe ser interpretado en coherencia con lo indicado en los párrafos 166 a 182 de la sentencia que resulten pertinentes, tomando en cuenta que dichos párrafos forman parte de la primera medida de reparación dictada por la Corte, consistente en la *obligación de investigar los hechos denunciados, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas*. En cuanto a efectos en la legislación, los párrafos pertinentes son:

172. La Corte advierte que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar lo sucedido a Ernestina y Erlinda y, en su caso, sancionar a los responsables, surta sus debidos efectos. El Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria.¹⁹ Este Tribunal reitera que en cuanto al cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²⁰

[...]

180. [...] el Tribunal estima justo y razonable ordenar a El Salvador que, en el cumplimiento de su obligación de investigar los hechos denunciados, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, elimine todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones en el presente caso, de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas.²¹²²

¹⁹ Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, *supra* nota 10, § 148; Caso 19 Comerciantes, *supra* nota 15, § 175, y Caso Maritza Urrutia, *supra* nota 19, § 126. (Nota del original.)

²⁰ Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, *supra* nota 3, § 130; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, *supra* nota 10, § 233; y Caso 19 Comerciantes, *supra* nota 15, § 262. (Nota del original.)

²¹ Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, *supra* nota 3, § 134, y Caso Myrna Mack Chang, *supra* nota 8, § 77. (Nota del original.)

²² Véase Corte IDH, caso de las Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, cit. (Nota del autor.)

Esta disposición de la Corte Interamericana aún no ha sido cumplida, aunque ello no se debe necesariamente a que la Fiscalía General de la República alegue que existen obstáculos jurídicos como la Ley de Amnistía,²³ la prescripción y otras instituciones penales y procesales penales que se lo impidan. Según la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH del 3 de febrero de 2010, el Estado reconoció que no hay avances sustanciales en la investigación, aunque la Fiscalía, en cumplimiento de un requerimiento del Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango, solicitó al presidente de la República en dos ocasiones la nómina de los oficiales que participaron en un operativo militar durante el cual se perpetró la desaparición de las hermanas Serrano Cruz. El 17 de julio de 2009, el presidente ordenó al ministro de Defensa que entregara dicha información, pero esta aún no ha sido proporcionada.²⁴

En vista de esa falta de avances en la investigación, la Corte decidió mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos pendientes de ser obedecidos, entre ellos el de “investigar efectivamente los hechos denunciados en el presente caso, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, eliminar todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones”, y resolvió: “Solicitar al Estado que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 30 de junio de 2010, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento”²⁵.

Otra de las medidas ordenadas por la Corte IDH en este caso, que podrían llegar a tener efecto en la legislación penal, es que el Estado salvadoreño debe tipificar adecuadamente el delito de desaparición forzada de personas y debe ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, puesto que cuando ocurrieron los hechos investigados dicha figura no se encontraba tipificada como delito en la ley penal respectiva. A partir de 1999 este delito fue incorporado en el Código Penal salvadoreño, pero la Corte observó que dicha tipificación no es coherente con los estándares

²³ Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, decreto legislativo 486, del 20.3.1993, publicado en *Diario Oficial* n.º 56, tomo 318, del 22.3.1993.

²⁴ Cf. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010, caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* (supervisión de cumplimiento de la sentencia), § 12, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

²⁵ Ibídem, punto declarativo 2 y punto resolutivo 2.

internacionales, en lo atinente a la descripción de los elementos del tipo penal y la pena correspondiente a la gravedad del delito.²⁶

Hasta la fecha, el Estado salvadoreño no ha efectuado ninguna reforma o adecuación del tipo penal de desaparición forzada de personas como consecuencia de la sentencia de este caso, ni ha ratificado la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas;²⁷ por lo tanto, no ha cumplido con esta parte resolutiva de la sentencia del caso *Hermanas Serrano*.

En la sentencia del caso *Contreras*, punto resolutivo 10, la Corte ordena:

10. El Estado debe adoptar las medidas pertinentes y adecuadas para garantizar a los operadores de justicia, así como a la sociedad salvadoreña, el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contengan información útil y relevante para la investigación en causas seguidas por violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado, de conformidad con lo establecido en el párrafo 212 de la presente Sentencia.

El Salvador emitió el 2 de diciembre de 2010 la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP),²⁸ la cual se encuentra vigente desde mayo de 2011, tal como quedó

²⁶ Véase Corte IDH, caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, cit., párrafo 174. El Código Penal de El Salvador, vigente desde 1999 y también en vigor a la fecha de la sentencia de la Corte IDH (1 de marzo de 2005), tipifica tres tipos penales de desaparición forzada de personas: 1) el tipo básico, denominado *desaparición forzada de personas* (artículo 364), según el cual “El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que detuviere legal o ilegalmente a una persona y no diere razones sobre su paradero, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta del cargo o empleo respectivo por el mismo término”; 2) el delito de *desaparición forzada cometida por particular* (artículo 365), que reza: “El que realzare la conducta descrita en el artículo anterior, habiendo recibido órdenes o instrucciones de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, será sancionado con prisión de tres a seis años y multa de ciento ochenta a doscientos días multa”, y 3) el tipo penal denominado *desaparición de personas permitida culposamente* (artículo 366), que expresa: “El que por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión, multa de cien a ciento ochenta días multa. Si fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública se le impondrá además, inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual término”. Lamentablemente la Corte IDH no dice exactamente por qué esas descripciones típicas no se adecuan a los estándares internacionales. Solo dice: “[...] dicha tipificación no se adecuó a los estándares internacionales sobre desaparición forzada de personas, en lo atinente a la descripción de los elementos del tipo penal y la pena correspondiente a la gravedad del delito. La Corte estima que sería conveniente que El Salvador tipifique adecuadamente dicho delito y adopte las medidas que sean necesarias a fin de ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”.

²⁷ Véase Organización de Estados Americanos (OEA), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Estado de firmas y ratificaciones, <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html> (15.9.2012).

²⁸ Decreto legislativo 534, publicado en el *Diario Oficial* 70, tomo 391, del 8.4.2011.

indicado en la sentencia de este caso.²⁹ Sin embargo, la aprobación y promulgación de dicha ley no se deriva directamente del cumplimiento de esta sentencia. Además, en el párrafo 212, comprendido dentro de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH, esta señala que ha observado como una de las limitaciones para avanzar en las investigaciones la falta de acceso a la información contenida en archivos relativos a operativos de contrainsurgencia, así como de las personas, unidades y estamentos militares que participaron en las operaciones en las cuales desaparecieron las víctimas del presente caso, incluidas sus jerarquías, funciones y responsabilidades. En consecuencia, la entrada en vigencia de la LAIP, per se, no da por cumplida esta disposición de la Corte.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la sentencia del caso *Contreras y otros contra El Salvador*, es apenas del 31 de agosto de 2011, por lo que puede considerarse que el Estado aún se encuentra dentro del plazo razonable que la Corte estableció para cumplir con este punto resolutivo. Además debe contemplarse que en este caso el Estado salvadoreño reconoció antes de la sentencia su responsabilidad internacional por la desaparición forzada, la violación de los derechos a la protección judicial y otros derechos, por lo que la Corte dio por cesada la controversia en cuanto a la violación de tales derechos.³⁰ Así El Salvador demostró, de manera inédita, que tiene voluntad de cumplir con la sentencia del tribunal regional.

En la sentencia final del caso *García Prieto y otro*, punto resolutivo 5, la Corte dispone que el Estado “debe concluir las investigaciones pendientes respecto al homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y las amenazas y hostigamientos, en un plazo razonable, en los términos de los párrafos 192 al 197 de la presente Sentencia”. El párrafo 196 de la sentencia dice:

Corresponde a los Estados expedir las normas y ajustar las prácticas necesarias para cumplir lo ordenado en las decisiones de la Corte Interamericana, si no cuentan con dichas disposiciones.³¹

²⁹ Véase Corte IDH. Caso Contreras y otros contra El Salvador... “[...] 111. El Estado informó sobre la entrada en vigencia el 8 de abril de 2011 de la Ley de Acceso a la Información Pública que “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”, y la cual dispone además “la creación de Unidades de Acceso a la Información Pública”, así como “la creación de un Instituto de Acceso a la Información Pública”, con personalidad jurídica y patrimonio propio, el cual estará encargado de velar por la aplicación de la ley. Asimismo, informó que en dicha ley se contempla “un mecanismo de control ante la falta de respuesta a una solicitud de información”.

³⁰ Véase Corte IDH, caso Contreras y otros contra El Salvador, § 17 a 28.

³¹ Véase Corte IDH, caso *García Prieto y otros contra El Salvador*, cit.

Este punto resolutivo no ha sido cumplido por el Estado salvadoreño, tal como lo establece la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH del 27 de agosto de 2010.³²

3.1.2. Efectos sobre casos judiciales concretos

En el caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, la Corte IDH, en cuanto a efectos sobre casos judiciales, ordena en el punto dispositivo 6:

6. El Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos denunciados en el presente caso, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, [...] en los términos de los párrafos 166 a 182 de la presente Sentencia.³³

Este punto resolutivo de la Corte IDH no ha sido cumplido, pero no necesariamente porque la Fiscalía General de la República esgrima la existencia de obstáculos jurídicos, como la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, la prescripción y otras instituciones penales y procesales penales que se lo impidan.³⁴ Según la resolución de

³² Véase la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de agosto de 2010, caso *García Prieto y otros contra El Salvador* (supervisión de cumplimiento de la sentencia). Esta resolución dispone que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de dos puntos pendientes: a) concluir las investigaciones respecto al homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y las amenazas y hostigamientos sufridos por el señor José Mauricio García Hirleman y la señora Gloria Giralt de García Prieto, y b) brindar de forma gratuita la asistencia médica, psiquiátrica o psicológica que requieran el señor José Mauricio García Prieto Hirleman y la señora Gloria Giralt de García Prieto.

³³ Dicho punto resolutivo, en consecuencia, debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto por la Corte en los párrafos comprendidos entre el 166 y 182 de la sentencia que sean pertinentes, lo cuales, como ya se explicó, forman parte de las medidas de reparación dictadas por la Corte. En este caso, tales párrafos son:

"175. A la luz de las anteriores consideraciones, la Corte estima que El Salvador debe investigar efectivamente los hechos denunciados en este caso, con el fin de determinar el paradero de Ernestina y Erlinda, lo sucedido a éstas y, en su caso, identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en su perjuicio, para los efectos penales y cualesquier otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos. [...]

"176. Asimismo, es preciso que en la investigación de los hechos el Estado no repita las actuaciones y omisiones señaladas en las consideraciones de la Corte sobre la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención (*supra* párrs. 52 a 107). Es preciso que se tomen en cuenta las particularidades de los hechos denunciados y la situación de conflicto armado en que se encontraba El Salvador en la época en que supuestamente ocurrieron los hechos [...]."

³⁴ Si la Fiscalía General de la República no alega la existencia de obstáculos jurídicos que le impidan llevar a cabo las investigaciones ordenadas en las sentencias de la Corte IDH, probablemente sea porque el principal impedimento para investigar es la falta de voluntad política para hacerlo; también es posible que ni la Fiscalía General de la República, ni la Policía Nacional Civil hayan desarrollado suficientes capacidades de investigación científica en crímenes tan complejos como los que fueron objeto de las sentencias del tribunal interamericano y, en consecuencia, estemos también ante un problema de fragilidad institucional y debilidad administrativa.

supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH del 3 de febrero de 2010, el Estado reconoció que no hay avances sustanciales en la investigación. No obstante, en dicha resolución se aclara que la Fiscalía, en cumplimiento de un requerimiento del Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango, solicitó al presidente de la República en dos ocasiones la nómina de los oficiales que participaron en un operativo militar durante el cual se perpetró la desaparición de las hermanas Serrano Cruz. El 17 de julio de 2009, el presidente ordenó al ministro de Defensa que entregara dicha información, pero esta aun no ha sido proporcionada.³⁵

En el caso *Contreras*, en el punto resolutivo número 2, la Corte ordenó:

2. En un plazo razonable, el Estado debe continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas, así como abrir las que sean necesarias con el fin de identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de las desapariciones forzadas de Gregoria Herminia Contreras, Serapio Cristian Contreras, Julia Inés Contreras, Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez y José Rubén Rivera Rivera, así como de otros hechos ilícitos conexos, de conformidad con lo establecido en los párrafos 183 a 185 y 187 a 188 de la presente Sentencia.³⁶

Al igual que en el caso *Hermanas Serrano Cruz*, esta parte dispositiva debe ser interpretada coherentemente con lo indicado por la Corte en los párrafos mencionados, que forman parte de las reparaciones ordenadas.³⁷

³⁵ Cf. resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010, caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* (supervisión de cumplimiento de la sentencia), § 12, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

³⁶ Véase Corte IDH, caso *Contreras y otros contra El Salvador*, cit.

³⁷ El párrafo 185 es claro al decir que la investigación de los hechos deberá ser realizada por el Estado “removiendo todos los obstáculos *de facto* y *de jure* que mantienen la impunidad en este caso. En particular, el Estado deberá:

“a) tomar en cuenta el patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños y niñas en el contexto del conflicto armado salvadoreño [...].

“b) identificar e individualizar a todos los autores materiales e intelectuales de las desapariciones forzadas de las víctimas [...].

“c) asegurarse que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes *ex officio*, y que para tal efecto tengan a su alcance y utilicen todos los recursos logísticos y científicos necesarios [...].

“d) por tratarse de violaciones graves a derechos humanos, y en consideración del carácter continuado o permanente de la desaparición forzada cuyos efectos no cesan mientras no se establezca la suerte o paradero de las víctimas y su identidad sea determinada (*supra* § 83 y 92), el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación, y

“e) garantizar que las investigaciones por los hechos constitutivos de las desapariciones forzadas del presente caso se mantengan, en todo momento, bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria”.

El Estado salvadoreño aún no ha cumplido con la investigación ordenada por la Corte IDH en este caso, pero debe tenerse en cuenta que la sentencia es del 31 de agosto de 2011, por lo que el Estado aún está dentro del plazo razonable que la Corte dispuso para su cumplimiento.³⁸

En la sentencia final del caso *García Prieto*, punto resolutivo 5, la Corte estableció:

5. El Estado debe concluir las investigaciones pendientes respecto al homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y las amenazas y hostigamientos, en un plazo razonable, en los términos de los párrafos 192 al 197 de la presente Sentencia.³⁹

Esta disposición no ha sido cumplida por el Estado salvadoreño, tal como lo establece la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, de fecha 27 de agosto de 2010.⁴⁰

³⁸ Igualmente debe considerarse que en este caso el Estado salvadoreño, antes de la sentencia, reconoció su responsabilidad por la desaparición forzada, la violación de los derechos a la protección judicial y otros derechos; la Corte en consecuencia dio por concluida la controversia en cuanto a la violación de tales derechos y de esta manera El Salvador demostró su voluntad por cumplir con la sentencia del tribunal regional.

³⁹ Véase Corte IDH, caso *García Prieto y Otro contra El Salvador*, sentencia de 20 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Lo más relevante de los párrafos 192 a 197, que forman parte de las medidas de reparación ordenadas por la Corte, en lo que respecta a los efectos judiciales derivados de la sentencia, son:

"193. [...] el Estado incumplió con el deber de colaborar con las autoridades judiciales en la investigación relacionada con la inspección judicial de los libros 'de entradas y salidas' del personal del Batallón San Benito de la Policía Nacional (*supra* § 116). En razón de ello, el Estado debe culminar dicha investigación.

"194. Además de lo anterior, aún se encuentran abiertas dos investigaciones, una respecto del homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y otra respecto a las amenazas y hostigamientos sufridos por el señor José Mauricio García Prieto Hirleman y la señora Gloria Giralt de García Prieto (*supra* § 94, 116, 137, 157). Estas investigaciones deben continuar a la brevedad posible, de acuerdo con la ley interna.

"195. En cumplimiento de la obligación de investigar, el Estado debe utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos, y así evitar la repetición de hechos como los del presente caso".

⁴⁰ Véase resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de agosto de 2010, caso *García Prieto y otros contra El Salvador* (supervisión de cumplimiento de la sentencia). Esta resolución dispone que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de dos puntos pendientes de ser cumplidos, entre ellos el de "concluir las investigaciones pendientes respecto al homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y las amenazas y hostigamientos sufridos por el señor José Mauricio García Prieto Hirleman y la señora Gloria Giralt de García Prieto".

3.1.3. Otros efectos en materia penal o procesal penal

Caso *Hermanas Serrano Cruz*

- a) El funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil;
- b) Creación de una página web de búsqueda;
- c) Creación de un sistema de información genética, en los términos de los párrafos 183 a 193 de la presente Sentencia; [...].⁴¹

La Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno fue creada en abril de 2010.⁴² La Corte IDH, en su resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 3.2.2010, dispuso mantener la supervisión del cumplimiento de esa medida porque para ese entonces el Estado informó que existía un anteproyecto de ley presentado en la Asamblea Legislativa que proponía crear dicha comisión, pero aún no había sido aprobado por el Poder Legislativo, en vista de lo cual el Poder Ejecutivo, mediante un decreto ejecutivo, había decidido crear una Comisión Nacional de Búsqueda que cumpliera con los estándares establecidos por la Corte en su sentencia.⁴³

Actualmente puede considerarse que el Estado ha cumplido con la creación y el funcionamiento de dicha comisión, a tal punto que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia de hábeas corpus a favor de otra persona que fue víctima de desaparición forzada cuando era niña durante el conflicto armado interno, constató su existencia y decidió comunicarle dicha sentencia para el cumplimiento efectivo de sus funciones, conforme a la normativa que le es aplicable.⁴⁴

La creación de una página web de búsqueda y de un sistema de información genética son medidas aún no cumplidas por el Estado a satisfacción de la Corte IDH, y por

⁴¹ Véase Corte IDH, caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, cit.

⁴² Decreto ejecutivo 5, del 9.4.2010, publicado en el *Diario Oficial* n.º 75, del 26.5.2010. Esta comisión fue creada para remplazar a la Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador, creada el 5 de octubre de 2004, mediante decreto ejecutivo 45, la cual no llenaba los requisitos exigidos por los demandantes, por la CIDH ni por la Corte IDH.

⁴³ Cf. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010. Caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* (supervisión de cumplimiento de la sentencia).

⁴⁴ Véase Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, sentencia de hábeas corpus 199-2007, de fecha 1.12.2010, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/>, 15.9.2012.

ello este tribunal decidió mantener la supervisión de su cumplimiento, en la resolución del 3 de febrero de 2010.⁴⁵

Caso Contreras y otros

- a) Articular mecanismos de coordinación entre los diferentes órganos e instituciones estatales con facultades de investigación, así como de seguimiento de las causas que se tramiten por los hechos de desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto armado, para lo cual deberá organizar y mantener actualizada una base de datos sobre la materia, a efectos de lograr las más coherentes y efectivas investigaciones;
- b) Elaborar protocolos de actuación en la materia bajo un enfoque interdisciplinario y capacitar a los funcionarios involucrados en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, para que dichos funcionarios hagan uso de los elementos legales, técnicos y científicos disponibles;
- c) Promover acciones pertinentes de cooperación internacional con otros Estados, a fin de facilitar la recopilación y el intercambio de información, así como otras acciones legales que correspondan, y
- d) Asegurarse que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial y adoptar las medidas necesarias para garantizar que funcionarios judiciales, fiscales, investigadores y demás operadores de justicia cuenten con un sistema de seguridad y protección adecuado, tomando en cuenta las circunstancias de los casos a su cargo y el lugar donde se encuentran laborando, que les permita desempeñar sus funciones con debida diligencia, así como la protección de testigos, víctimas y familiares.

Ninguna de estas disposiciones ordenadas por la Corte en el caso *Contreras y otros* se ha cumplido. Sin embargo, deben tomarse en cuenta las consideraciones expuestas arriba en cuanto a que esta es una sentencia aún reciente, del 31 de agosto de 2011.

3.2. Opiniones consultivas de la Corte IDH

No hay opiniones consultivas de la Corte IDH que hayan sido promovidas y aceptadas como vinculantes por el Estado de El Salvador.

⁴⁵ Cf. resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010, caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* (supervisión de cumplimiento de la sentencia).

3.3. Recomendaciones de la Com IDH

3.3.1. *Efectos sobre la legislación*

No existen recomendaciones de la Com IDH derivadas de un informe específico sobre El Salvador que hayan sido cumplidas por dicho Estado y hayan causado directamente efectos en su ordenamiento jurídico.

3.3.2. *Efectos sobre casos judiciales concretos*

Entre 1996 y 2009, la Com IDH ordenó medidas cautelares para garantizar la vida y la integridad física de varias personas en seis casos.⁴⁶ En todos o la mayoría de estos casos, el gobierno de El Salvador cumplió con el otorgamiento de las medidas preventivas ordenadas, incluyendo la protección policial a cargo de agentes de la División de Protección a Personalidades Importantes o de la División de Protección a Víctimas y Testigos de la Policía Nacional Civil, único cuerpo policial de este país.

3.3.3. *Otros efectos*

No existen recomendaciones de la Corte IDH que hayan causado otro tipo de efectos en materia penal o procesal penal en las instituciones o en el ordenamiento jurídico de El Salvador.

⁴⁶ Las personas que ha sido favorecidas con medidas cautelares consistentes en protección de sus vidas e integridad física, ordenadas por la CIDH, por año y según el nombre de los casos son: 1996, caso *Adrián Esquino Lisco*, a favor del señor Adrián Esquino Lisco; 1997, caso *Ramón García Prieto*, medidas a favor de Mauricio García Prieto Hirlemann, Gloria Giralt de García Prieto y Carmen de García Prieto; 2001, caso *Ramón García Prieto*, medidas a favor de Mauricio García Prieto Hirlemann, Gloria Giralt de García Prieto, Benjamín Cuéllar, Pedro Cruz y David Morales; 2006, caso *Damián Miguel Pedro Taylor Colosal*, medidas a favor de este; caso *Adrián Meléndez Quijano y otros*, medidas a favor de Adrián Meléndez Quijano y familia y Eurípides Meléndez Quijano y familia; 2009, caso *Héctor Antonio García Berriós y otros*, medidas a favor de Héctor Antonio García Berriós, Alirio Napoleón Hernández Leiva, Miguel Ángel Rivera Moreno, integrantes de la Asociación Amigos de San Isidro (ASIC); Alexander Beltrán Castillo, Ludwin Iraheta, y Vladimir Abarca, integrantes de la Radio Comunitaria Victoria; y el sacerdote Luis Alberto Quintanilla.

4. Mecanismos jurídicos, especialmente mecanismos para revisar sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, para hacer efectivas en el ámbito interno las decisiones de la Corte IDH

No existen ese tipo de mecanismos en el ordenamiento jurídico de El Salvador. Lo único que existe es un borrador de anteproyecto de Ley para el Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elaborado por el abogado Ricardo Iglesias, uno de los asesores de la fracción legislativa del partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional.

5. Criterios legales o de jurisprudencia nacional utilizados en relación con el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos en casos penales y no penales

No existen criterios jurídicos o de la jurisprudencia nacional relativos al cumplimiento de las sentencias, resoluciones, recomendaciones u otro tipo de decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en casos penales y no penales.

6. Obstáculos jurídicos o jurídico-constitucionales que se oponen al cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos

Para una parte de la comunidad jurídica salvadoreña sí existen obstáculos jurídicos, como son la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* y similares eximentes de responsabilidad.⁴⁷ Para otra parte de dicha comunidad, tales obstáculos no existen o no debieran existir, tal como lo establece la Corte IDH en sus sentencias contra El Salvador.

⁴⁷ Esa opinión de una parte de la comunidad jurídica salvadoreña es en abstracto, porque hasta la fecha no hay un solo caso concreto en el que se haya argumentado que una investigación judicial ordenada por la Corte IDH sea improcedente por vulnerar el principio de *ne bis in idem*.

7. Conclusiones

El Salvador es uno de los pocos países de Iberoamérica que en su Constitución reconocen explícitamente la existencia y la validez de un ordenamiento jurídico internacional con jerarquía normativa supralegal.

El texto constitucional salvadoreño, no obstante, establece que lo dispuesto en los tratados no puede estar por sobre la Constitución de la República, ya que aquellos, al ser suscritos y ratificados, no pasan a formar parte de la Constitución. Por lo tanto, si se determina que un tratado o una de sus disposiciones es contrario a la Constitución, no podrá prevalecer sobre la Carta Magna.

Con esa declaración y una reserva relativa a la competencia contenciosa de la Corte IDH, El Salvador depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana en la Secretaría General de la OEA el 23 de junio de 1978, y similar manifestación hizo cuando reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ocasión en la que también expresó la reserva de reconocer tal competencia única y exclusivamente para hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución fueran posteriores al 6 de junio de 1995.

La aplicación directa de disposiciones de la Convención Americana por los tribunales de la República de El Salvador es un hecho relativamente reciente; los primeros casos se registran apenas a partir del año 2002 en algunas de las cámaras de segunda instancia de lo penal. Antes de ese año, la gran mayoría de los tribunales superiores, entendiendo por tales tres salas de la Corte Suprema de Justicia —de lo Constitucional, de lo Contencioso Administrativo y de lo Penal, así como las cámaras de segunda instancia de lo penal—, en sus sentencias sencillamente hacían caso omiso de las disposiciones de la CADH. Es probable que los juzgados o tribunales de primera instancia sí se hayan adelantado a la aplicación directa de esta Convención, pero ello escapó al alcance de este estudio.

En cuanto al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas contra El Salvador y que hayan tenido efecto en el ordenamiento jurídico, en casos judiciales concretos u otro tipo de efectos en materia penal y procesal penal, hasta la fecha son solo tres los casos contenciosos que han concluido con sentencias condenatorias contra este país.

En esas tres sentencias sobresale en común, como principal punto resolutivo que a la vez forma parte de las medidas de reparación, la disposición de la Corte IDH de

ordenar al Estado salvadoreño que continúe o reinicie los procesos penales respectivos debido a que también comparten la casi absoluta impunidad de las graves violaciones a derechos humanos denunciados. Para ello, el tribunal regional ordena al Estado que tome las medidas necesarias para superar las limitaciones u obstáculos de hecho y de derecho que impidan el cumplimiento de las investigaciones de manera efectiva, incluso mediante la adecuación de su legislación penal interna.

Lamentablemente, hasta la fecha los tres casos tienen también en común el incumplimiento por parte del Estado salvadoreño de ambos puntos resolutivos, que se encuentran entrelazados: realizar las investigaciones judiciales efectivas para lo cual, de ser necesario, debe remover obstáculos jurídicos de orden interno. En ninguno de los tres casos ha habido avances sustanciales en las investigaciones que en sede administrativa compete iniciar a la Fiscalía General de la República, por lo que hasta el momento ninguna de las tres sentencias ha causado impacto alguno en sede judicial, ni mucho menos en la legislación penal y procesal penal aplicable.

En cuanto a otro tipo de efectos en el ámbito penal y procesal penal, derivados del cumplimiento de las sentencias, lo único que destaca es la creación y el funcionamiento, por decreto ejecutivo, de la Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno, desde abril de 2010, que sustituye a una anterior comisión creada en 2004 que no cumplía con los estándares exigidos por la Corte IDH.

También se destaca la creación, el 5 de mayo de 2010, mediante el decreto ejecutivo 57, de la Comisión Nacional de Reparación a las Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos Ocurridas en el Contexto del Conflicto Armado Interno, con la finalidad de proponer al presidente de la República, mediante un informe debidamente fundamentado, el establecimiento de un programa presidencial de reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, en el cual serán incluidos los jóvenes reencontrados, aunque esta no es una medida ordenada por la Corte IDH.

Con respecto a opiniones consultivas de la Corte, El Salvador no ha promovido ni ha reconocido como obligatoria ninguna opinión de este tipo ante dicho tribunal regional; por lo tanto, no hay efectos jurídicos, judiciales ni de otro tipo en el ámbito penal y procesal penal derivados de la competencia consultiva de la Corte IDH.

En cuanto a las recomendaciones o medidas ordenadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El Salvador en varios casos ha dado el debido cumplimiento a las medidas cautelares ordenadas, entre las que sobresalen las medidas

de protección a cargo de la Policía Nacional Civil, a través de la División de Protección a Personalidades Importantes y la División de Protección a Víctimas y Testigos. Más allá de este tipo de medidas, las decisiones o medidas de la Com IDH no han tenido efectos en el ordenamiento jurídico u otro tipo de efectos en las instituciones del sistema penal y procesal penal.

En El Salvador no existen mecanismos jurídicos, especialmente para revisar sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, dirigidos a hacer cumplir sentencias u otras decisiones vinculantes de la Corte IDH. Tampoco existen criterios legales o de jurisprudencia nacional utilizados en relación con el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos en casos penales y no penales.

En lo que concierne a obstáculos jurídicos o jurídico-constitucionales contrarios al cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos, una parte de la comunidad jurídica salvadoreña considera que sí existen, y menciona la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* y otras eximentes de responsabilidad. En cambio, para otra parte de dicha comunidad tales obstáculos no existen o no deberían existir, tal como lo establece la Corte IDH en sus sentencias contra El Salvador.

EFICACIA DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO PENAL Y PROCESAL PENAL EN ESPAÑA

Alicia Gil Gil

RESUMEN. En el presente artículo se analiza la obligatoriedad de las decisiones del TEDH y los mecanismos para su eficacia en el ordenamiento español. Por lo general, los tribunales españoles han considerado que las decisiones del TEDH tienen un efecto meramente declaratorio de la vulneración de un derecho. Hay unanimidad, por otra parte, en que no son directamente ejecutables. Sin embargo, se matiza que su carácter obligatorio impone a España tomar las medidas para evitar que persistan los efectos de dicha vulneración y para remover las condiciones que puedan llevar a repetirla. Si bien en principio el Estado tiene un amplio margen de libertad para decidir los medios por los que restituir el derecho o adecuar su ordenamiento al CEDH, existen sentencias que dejan poco arbitrio, como las que ordenan la puesta en libertad de un detenido como única manera de cesar la violación de su derecho. En particular se presta especial atención al problema de la reapertura de un proceso interno a raíz de una sentencia condenatoria del TEDH por infracción del artículo 6 del CEDH, señalando las distintas posibilidades apuntadas por la jurisprudencia española ante la inexistencia de un mecanismo legalmente previsto para ello.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos humanos, obligatoriedad, ejecutoriedad, eficacia, derechos humanos, reapertura del proceso interno, recurso de amparo, recurso extraordinario de revisión, doctrina Parot.

ABSTRACT. This paper analyzes the binding nature of the European Court of Human Rights' decisions and the mechanisms for making them effective in the Spanish legal system. In general, Spanish courts have considered that the decisions of the ECHR merely declare that a right has been violated. It is unanimously agreed that they are not directly enforceable. Nonetheless, it is pointed out that their binding nature forces Spain to adopt measures to avoid the continuing effects of this violation and to remove the conditions which might lead to its repetition. Although

in principle the State is free to decide on the means of reparation or how to adapt its laws in line with the European Convention on Human Rights, some decisions grant very little discretion, for example, when they order the release of a detained person as the only way for the violation to cease. Special attention is devoted to the problem of reopening a domestic proceeding when the ECHR rules against the State for infringing Article 6 of the Convention. Since there is no legally established mechanism for these cases, the paper summarizes the different possibilities envisaged by Spanish judges.

Keywords: European Court of Human Rights, binding nature, enforceability, effectiveness, human rights, reopening of domestic proceedings, appeal for the constitutional protection of fundamental rights (amparo), extraordinary appeal for judicial review, Parot doctrine.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag befasst sich mit der Verbindlichkeit der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sowie mit den Mechanismen zur Sicherstellung ihrer Wirksamkeit in der spanischen Rechtsordnung. Die spanischen Gerichte vertreten grundsätzlich die Auffassung, dass die Entscheidungen des EGMR im Hinblick auf das Vorliegen einer Rechtsverletzung lediglich deklaratorischen Charakter haben. Es besteht darüber hinaus Übereinstimmung, dass sie nicht unmittelbar umgesetzt werden können. Gleichzeitig verpflichtet ihr verbindlicher Charakter Spanien zur Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen, um ein Fortbestehen der Auswirkungen der festgestellten Rechtsverletzung zu vermeiden und die Bedingungen zu beseitigen, die zu einer Wiederholung führen könnten. Der Staat verfügt zwar grundsätzlich über einen breiten Handlungsspielraum, um über Mittel und Wege zur Wiederherstellung des Rechts oder zur Anpassung seiner Rechtsordnung an die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) zu entscheiden. Es gibt aber einige Urteile, die ihm nur einen geringen Ermessensspielraum einräumen. Dazu gehören zum Beispiel Urteile, die die Entlassung eines Häftlings als einziges Mittel zur Beendigung der Rechtsverletzung anordnen. Ferner stellt sich insbesondere das Problem der Wiederaufnahme eines innerstaatlichen Prozesses nach einer Verurteilung durch den EGMR wegen Verletzung des Art. 6 der EMRK. Hierzu werden die verschiedenen Möglichkeiten dargestellt, welche die spanische Rechtsprechung angesichts des Fehlens einer entsprechenden gesetzlichen Regelung entwickelt hat.

Schlagwörter: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Verbindlichkeit, Vollstreckbarkeit, Wirkung, Menschenrechte, Wiederaufnahme des innerstaatlichen Verfahrens, Verfassungsbeschwerde, außerordentliches Wiederaufnahmeverfahren, Parot-Doktrin.

1. Obligatoriedad de las sentencias según lo dispuesto en el Convenio y en la jurisprudencia del TEDH

En el presente artículo vamos a informar sucintamente sobre los mecanismos que garantizan la eficacia en el ordenamiento español de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Para ello conviene empezar situando dicho Tribunal. El TEDH fue creado en 1959 como garante del cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este tratado fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el seno del Consejo de Europa, organización internacional creada en 1949, y desde entonces ha sido modificado en varias ocasiones y cuenta con varios protocolos adicionales. La configuración actual del TEDH¹ proviene de la modificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos realizada por el Protocolo n.º 11, en vigor para España desde el 1 de noviembre de 1998,² que sustituyó la originaria estructura de Comisión y Tribunal por el actual Tribunal y modificó el sistema de control.

Según el artículo 46 del CEDH, las sentencias del TEDH son de obligado cumplimiento para los Estados parte, y es el Comité de Ministros del Consejo de Europa el que vela por su cumplimiento.³ El Comité está asistido por el Departamento de Ejecución de Sentencias.

¹ Artículo 19: "Institución del Tribunal. Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado 'el Tribunal'. Funcionará de manera permanente".

² BOE n.º 152/1998, de 26 de junio de 1998.

³ Artículo 46: "Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. 3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. 4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1. 5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto".

Para comprobar la ejecución se examinarán las medidas adoptadas por los Estados, lo que comprende no solo el pago de las cantidades a las que haya podido ser condenado el Estado demandado, sino también la adopción de medidas, de carácter individual o general, destinadas a restablecer, si es posible, la integridad del derecho vulnerado y evitar que persistan los efectos de dicha vulneración.⁴ Según el Departamento de Ejecución de sentencias del Consejo de Europa, dichas medidas pueden consistir, por ejemplo, en garantizar un permiso de residencia, la reapertura de un procedimiento judicial o la eliminación de una condena de los registros de antecedentes penales,⁵ pero también en cambios legislativos.⁶

Se distinguen por tanto medidas generales de cumplimiento, que persiguen evitar futuras vulneraciones similares o poner fin a vulneraciones que siguen existiendo (continuadas en la terminología internacionalista), o incluso crear nuevos recursos para reparar vulneraciones ya cometidas. Estas medidas pueden consistir en la modificación de la legislación existente o de una interpretación o aplicación jurisprudencial o administrativa de esta, en la modernización de las prisiones o en el incremento del número de jueces o de personal penitenciario.⁷ También en medidas individuales que pretenden que el demandante reciba la satisfacción equitativa (normalmente una cantidad de dinero) y poner fin a la vulneración del derecho borrando sus consecuencias para restablecer, en la medida de lo posible, la situación anterior. Ello puede traducirse, por ejemplo, en la reapertura de un procedimiento interno, la anulación de una orden de expulsión, la devolución de un inmueble, etc.⁸

Aunque el texto del CEDH parece tener en cuenta la legislación interna y sus límites al establecer en su artículo 41: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo

⁴ Con detalle sobre la función del Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de las sentencias A. Salado Osuna, “La ejecución de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en García Roca y Fernández Sánchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 280 ss.

⁵ <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Presentation/About_en.asp>.

⁶ <<http://hub.coe.int/web/coe-portal/files/execution-of-court-s-judgments?dynLink=true&layoutId=201&dlgroupID=10226&fromArticleId=>>.

⁷ Carmen Morte Gómez, “Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en J. SOROETA LICERAS (ed.) *La eficacia del derecho internacional de los derechos humanos*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2011, pp. (225-242) 227-228.

⁸ Ibídem, pp. 228-229, con citas jurisprudenciales.

permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”,⁹ lo cierto es que el Tribunal ha entendido que esta previsión no limita la obligación del Estado a la satisfacción económica amparándose en que la legislación interna no posibilita una reparación, sino que ello no lo exime de además elegir, sujeto a la supervisión del Comité de Ministros, las medidas generales y/o individuales a adoptar en su ordenamiento jurídico interno para poner fin a la violación y reparar sus consecuencias. Ello además vendría exigido según el Tribunal por lo dispuesto en el artículo 1, que compromete a los Estados a hacer compatible su legislación interna con lo dispuesto en el Convenio.¹⁰

En relación con la ejecución de sus decisiones el Tribunal solía adoptar una actitud flexible, en el sentido de que por lo general exigía una obligación de resultado pero no de medios,¹¹ aunque en algunas sentencias sí se observa una tendencia a indicar a los Estados el modo de ejecutar correctamente su decisión, sin llegar a imponer los métodos

⁹ Como señala Claudio Zanghi (“Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en J. García Roca y P. A. Fernández Sánchez [coords.], *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 204 ss.), en su anterior jurisprudencia el Tribunal se limitaba a determinar una satisfacción equitativa cuando constataba que la aplicación de una norma interna había supuesto una violación del Convenio, pero una lectura más fiel del artículo 41 señala que sobre la obligación de la satisfacción prevalece otra, la de remover las consecuencias de la violación, que deriva además del artículo 1, y el pago de la suma de dinero no exonera al Estado de esa obligación.

¹⁰ *Assanidzé c. Georgia*, sentencia de la Gran Sala de 8 de abril de 2004, § 198: “The Court reiterates that, in the context of the execution of judgments in accordance with Article 46 of the Convention, a judgment in which it finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation under that provision to put an end to the breach and to make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach. If, on the other hand, national law does not allow – or allows only partial – reparation to be made for the consequences of the breach, Article 41 empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate. It follows, inter alia, that a judgment in which the Court finds a violation of the Convention or its Protocols imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and make all feasible reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach (see *Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, § 47, ECHR 2004-I; *Menteş and Others v. Turkey* (Article 50), judgment of 24 July 1998, Reports 1998-IV, p. 1695, § 24; and *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII).

“Furthermore, it follows from the Convention, and from Article 1 in particular, that in ratifying the Convention the Contracting States undertake to ensure that their domestic legislation is compatible with it. Consequently, it is for the respondent State to remove any obstacles in its domestic legal system that might prevent the applicant’s situation from being adequately redressed (see *Maestri*, cited above, § 47)”.

¹¹ Morte Gómez, o. cit., p. 227; Santiago Ripol Carulla, *El sistema europeo de derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 75. Así se señalaba que el Tribunal no tendría poder para imponer al Estado un comportamiento específico, sino que este conservaría un margen de apreciación: Zanghi, o. cit., pp. 206 ss.

para ello.¹² Pero en los últimos años se observa una importante evolución en este tema. En algunos casos el Tribunal indica en la sentencia a los Estados qué tipos de medidas podrían adoptar para que la ejecución sea más eficaz.¹³ Esta línea se ha ido agudizando a partir de 2004. En ese año se abre a la firma el Protocolo adicional 14, aún no en vigor, que prevé reglas para que las sentencias condenatorias del Tribunal sean más explícitas, con lo que reduce la libertad de elección del Estado, y el Comité de Ministros adopta varias decisiones importantes, como la resolución de 12 de mayo de 2004 *sobre sentencias que ponen de manifiesto un problema estructural subyacente* y la recomendación (2004)6 *sobre mejora de los recursos internos*.¹⁴ A partir de entonces el Tribunal pasa en algunas decisiones a ordenar medidas individuales de ejecución, llegando en ocasiones a afirmar que la naturaleza de la vulneración no ofrece posibilidades de elegir entre distintas medidas para su cesación, e indicando el tipo de medidas a adoptar.¹⁵

El TEDH ha llegado también a afirmar que un Estado debe remediar el fallo estructural del que emana una violación con el fin de que personas que se encuentran en una situación comparable a la del demandante no tengan que padecer una violación análoga, pero siempre dejando a la elección del Estado los medios para hacerlo.¹⁶ Como

¹² Morte Gómez, o. cit., p. 227.

¹³ Ibídem, p. 229. Véase también esta evolución con citas de sentencias en Zanghi, o. cit., pp. 210 ss.

¹⁴ Sobre la influencia de estos cambios que han marcado un punto de inflexión en la jurisprudencia del tribunal véase Coral Arangüena Fanego, "El cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo del Derechos Humanos y la Revisión de sentencias firmes", en J. García Roca y P. A. Fernández Sánchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 294 ss.

¹⁵ Esto se afirma especialmente en casos de vulneración del artículo 5 (derecho a la libertad) en los que se ordena la inmediata puesta en libertad del demandante, pero también en otros casos en los que se fija, por ejemplo, una indemnización por expropiación, etc. Véase la jurisprudencia citada por Morte Gómez, o. cit., p.229 y 231 ss., y por Pablo Antonio Fernández Sánchez, "Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en J. García Roca y P. A. Fernández Sánchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 173 ss., y Zanghi, o. cit., pp. 213 ss.

¹⁶ *Sejdic c. Italia*, 10/11/2004, 121: "The Court observes that in the present case the unjustified obstacle to the applicant's right to a fresh determination by a court of the merits of the charges against him appears to result from the wording of the provisions of the CCP in force at the material time on the conditions for applying for leave to appeal out of time. This might suggest that there was a defect in the Italian legal system such that anyone convicted in absentia who had not been effectively informed of the proceedings against them could be denied a retrial... 124. The Court therefore considers it unnecessary to indicate any general measures at national level that could be called for in the execution of this judgment [...].

"125. Furthermore, the Court observes that in Chamber judgments in cases against Turkey concerning the independence and impartiality of national security courts it has held that, in principle, the most appropriate form of redress would be for the applicant to be given a retrial without delay if he or she requests one (see, among other

hemos señalado, es el propio Comité de Ministros el que ha alentado esta evolución.¹⁷ La doctrina señala por tanto una evolución marcada por el reforzamiento de la efectividad de las sentencias del TEDH hacia una naturaleza paraejecutiva.¹⁸ Aun cuando el TEDH está todavía lejos del intervencionismo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),¹⁹ en algunas ocasiones ha señalado la obligación de tutela penal de determinados derechos humanos —aunque el convenio no menciona expresamente tal obligación sino que se limita a exigir una tutela jurisdiccional—,²⁰ que se concreta en una obligación de criminalizar determinadas conductas, habiendo condenado en ocasiones por lagunas de punibilidad²¹ o por carecer de un tipo penal que comprenda todo el desvalor de la conducta,²² así como por apreciar causas de justificación demasiado exten-

authorities, *Gençel v. Turkey*, no. 53431/99, § 27, 23 October 2003, and *Tahir Duran v. Turkey*, no. 40997/98, § 23, 29 January 2004). It should also be noted that a similar position has been adopted in cases against Italy where the finding of a breach of the fairness requirements in Article 6 resulted from an infringement of the right to take part in the trial (see *Somogyi*, cited above, § 86, and *R.R. v. Italy*, no. 42191/02, § 76, 9 June 2005) or the right to examine prosecution witnesses (see *Bracci*, cited above, § 75). The Grand Chamber has endorsed the general approach adopted in the cases cited above (see *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 210, ECHR 2005-IV). [...]

"127. In particular, it is not for the Court to indicate how any new trial is to proceed and what form it is to take. The respondent State remains free, subject to monitoring by the Committee of Ministers, to choose the means by which it will discharge its obligation to put the applicant, as far as possible, in the position he would have been in had the requirements of the Convention not been disregarded (see *Piersack v. Belgium* (Article 50), 26 October 1984, § 12, Series A no. 85), provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment and with the rights of the defence (see *Lyons and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 15227/03, ECHR 2003-IX)."

¹⁷ *Zanghi*, o. cit., pp. 216 ss. y 226 s.

¹⁸ *Arangüena Fanego*, o. cit., p. 304.

¹⁹ Francesco Viganó, "Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH" en Santiago Mir Puig y Miren Txu Corcoy Bidasolo, (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, pp. 320 ss. Sobre los excesos de la Corte IDH véase Ezequiel Malarino, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Ambos, Malarino, Elsner (Eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2010, pp. 25 ss. También sobre la jurisprudencia americana sin el tono crítico del autor anterior Chinchón Álvarez, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, 2007, en especial pp. 235 ss.434 ss.

²⁰ Francesco Viganó, "Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH" en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dirs.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 313 ss.

²¹ TEDH, *Xe Yc. Países Bajos* (n.º 8978/80), sentencia de 26 de marzo de 1985, § 23 ss.

²² TEDH, *Siliadin c. Francia* (n.º 32967/96), sentencia de 17 de enero de 2002, en la que se reprochó a Francia haber castigado como un simple contravención penal en materia laboral determinado hechos por carecer de un tipo penal de trabajo forzado.

sas²³, etcétera,²⁴ de investigar y de perseguir penalmente, e incluso de eliminar obstáculos que puedan impedir la sanción penal proporcional de los hechos.²⁵ Con todo, en la parte dispositiva de todas estas sentencias se puede ver una declaración del Tribunal de que los hechos suponen una violación de diversos artículos del Convenio, junto con la obligación del Estado de pagar una cantidad a la víctima, pero no encontramos nunca,²⁶ como sí sucede en las de la Corte IDH, un mandato al Estado de legislar de determinada

²³ Por ejemplo, en *Nachova c. Bulgaria* (n.º 43577/98 43579/98), sentencia de 6 de julio de 2005, se condenó al Estado que había aplicado una causa de justificación excesivamente amplia del uso legítimo de armas que no respetaba los límites del artículo 2.2 del CEDH.

²⁴ Sobre otros supuestos de castigo, como por ejemplo previsiones de pena demasiado débiles que carecen de efectos disuasorios, etc., con ulteriores citas juríspudenciales, véase Viganó, o. cit., pp. 315 ss.

²⁵ Sobre todo ello Viganó, o. cit., pp. 317 ss. También Alicia Gil Gil, "Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 301 ss., y Kai Ambos y María Laura Böhm, "Tribunal europeo de derechos humanos y Corte interamericana de derechos humanos: Tribunal tímido contra Tribunal audaz", en la misma obra, pp. 43 ss.

²⁶ Por ej en *Nachova c. Bulgaria* se dispone:

"FOR THESE REASONS, THE COURT

"1. Holds unanimously that there has been a violation of Article 2 of the Convention in respect of the deaths of Mr Angelov and Mr Petkov;

"2. Holds unanimously that there has been a violation of Article 2 of the Convention in that the authorities failed to conduct an effective investigation into the deaths of Mr Angelov and Mr Petkov;

"3. Holds unanimously that no separate issue arises under Article 13 of the Convention;

"4. Holds by eleven votes to six that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 in respect of the allegation that the events leading to the death of Mr Angelov and Mr Petkov constituted an act of racial violence;

"5. Holds unanimously that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 in that the authorities failed to investigate possible racist motives behind the events that led to the deaths of Mr Angelov and Mr Petkov;

"6. Holds unanimously

"(a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months, the following amounts, plus any tax that may be chargeable:

"(i) jointly to Ms Nachova and Ms Hristova, EUR 25,000 (twenty-five thousand euros) in respect of pecuniary and non-pecuniary damage, to be converted into the national currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement;

"(ii) jointly to Ms Rangelova and Mr Rangelov, EUR 22,000 (twenty-two thousand euros) in respect of pecuniary and non-pecuniary damage, to be converted into the national currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement;

"(iii) jointly to all applicants, EUR 11,000 (eleven thousand euros) in respect of costs and expenses, payable as follows: EUR 5,500, to be converted into the national currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement, into Mr Grozev's bank account in Bulgaria and EUR 5,500 into Lord Lester's bank account in the United Kingdom;

manera, de reabrir procesos, prohibiciones de tener en cuenta determinados derechos fundamentales y garantías del imputado, etcétera.²⁷

A pesar de esta evolución de la jurisprudencia del TEDH, existe acuerdo doctrinal —y es opinión jurisprudencial constante en España y en otros muchos países europeos—,²⁸ acerca de que el TEDH no es una instancia superior respecto a los órganos jurisdiccionales estatales.²⁹ Se dice que el TEDH es un tribunal internacional, pero no es un tribunal supranacional en el sentido de que no puede directamente casar o anular sentencias de los tribunales nacionales³⁰ o derogar leyes, por lo que la ejecución de sus

²⁷ (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

"7. Dismisses unanimously the remainder of the applicants' claims for just satisfaction".

²⁸ Así, por ejemplo, en *Gelman contra Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, la Corte IDH ordenó al Estado uruguayo: "254. En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo", y "312.11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia". O, por ejemplo, en el caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") contra Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, la Corte ordenó: "15. El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas que sean necesarias para tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos, en los términos de lo establecido en el párrafo 287 de la presente Sentencia [...]".

²⁹ Zanghi, o. cit., p. 211, nota 27, y pp. 224 ss.

³⁰ Sobre ello Arangüena Fanego, o. cit., p. 291, y Grupo de Investigación de la Universidad de Vigo, "La controvertida eficacia directa de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del tribunal constitucional", en *Informe "El tiempo de los derechos"*, n.º 12. 2010, accesible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf>, p. 4.

³⁰ Arangüena Fanego, o. cit., p. 291.

sentencias,³¹ obligatorias como hemos dicho para los Estados miembros,³² exige siempre la colaboración de las autoridades del Estado infractor.³³

Y aunque el TEDH en algunas decisiones ha querido reconocer efectos inmediatos a sus sentencias, lo que implicaría, por ejemplo, la obligación de los jueces internos de considerar inaplicable la norma interna causa de la violación, lo cierto es que la jurisprudencia de los diversos países no suele aceptar que esto sea una consecuencia del Convenio, y la práctica estatal es diversa. En algunos países los jueces se niegan a otorgar efecto directo a las decisiones del TEDH; en otros los tribunales dejan de aplicar la norma que originó la violación en tanto se modifica la ley, pero derivando esta consecuencia del propio derecho interno.³⁴

Otro de los problemas a los que se enfrenta la eficacia de las sentencias del TEDH se circunscribe a los casos en los que la restitución exige la revisión o reapertura de un proceso judicial, lo que ocurre especialmente en los casos en que se ha constatado una violación del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 6 del Convenio. Esta posibilidad de la revisión, si bien es la que mejor garantiza la *restitutio in integrum*, suele verse impedida en los órdenes internos por el principio de cosa juzgada.³⁵

En España la opinión dominante estima que el Convenio no obliga a los Estados parte a anular la autoridad de cosa juzgada de una sentencia para dar cumplimiento a una sentencia del TEDH (STEDH).³⁶ Mientras el Convenio no sea reformado, la doctrina³⁷ opina que depende de la legislación interna de los Estados el establecer un cauce

³¹ Suele afirmarse que las sentencias del TEDH no tienen fuerza ejecutoria, a pesar de ser obligatorias, pues es el Estado el que debe ejecutarlas con los medios que considere necesarios —así Arangüena Fanego, o. cit., p. 289, afirma el carácter no ejecutivo de las sentencias del TEDH, “dotado de *auctoritas* pero no de *potestas*, juzga pero no puede hacer cumplir lo juzgado”—. Sin embargo, algunas decisiones dejan tan poco o ningún margen de elección al Estado que algunos autores han afirmado que tienen una naturaleza no meramente declarativa, como parece desprenderse del propio Convenio, sino en parte ejecutiva: Fernández Sánchez, o. cit., pp. 173 ss. Sobre la evolución de la jurisprudencia del TEDH acerca de la concepción sobre la naturaleza de sus propias decisiones véase Zanghi, o. cit., pp. 199 ss.

³² En el texto actual del Convenio los Estados parte solo se comprometen a acatar las sentencias, mientras que en el texto original de 1950 se recogía el compromiso de cumplir con todas las decisiones del tribunal. Véase Fernández Sánchez, o. cit., p. 173.

³³ Morte Gómez, o. cit., p. 227.

³⁴ Zanghi, o. cit., pp. 225 ss.

³⁵ Santiago Ripol Carulla, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Barcelona: Atelier, 2007, pp 107 y 108.

³⁶ Arangüena Fanego, o. cit., p. 291.

³⁷ Existe un sector doctrinal minoritario que sostiene lo contrario. Véanse los autores citados por Arangüena Fanego, o. cit., p. 292. Recoge esta autora también la evolución del TEDH respecto de la consideración meramente declarativa

que permita revisar los procesos cuya tramitación el TEDH haya considerado contraria al artículo 6.³⁸

Precisamente por ello, el Comité de Ministros en su recomendación R. (2000) 2, de 19 de enero de 2000, *sobre el reexamen o reapertura de ciertos casos en el plano interno como consecuencia de sentencias del TEDH*,³⁹ animó a los Estados a establecer en sus ordenamientos los mecanismos destinados a ofrecer la posibilidad de reabrir un procedimiento interno en casos de vulneraciones graves del Convenio por una resolución judicial interna en los que el perjudicado sigue sufriendo consecuencias negativas muy graves a causa de los resultados de dicha decisión, que no están debidamente subsanadas por la justa satisfacción y no se pueden rectificar excepto por revisión o reapertura, del proceso.⁴⁰

Según el Comité de Expertos para la mejora de los procedimientos de protección de los derechos humanos,⁴¹ un número creciente de Estados han introducido en su legislación interna mecanismos para posibilitar la reapertura de un proceso a raíz de una sentencia del TEDH; por ejemplo, introduciendo un nuevo motivo de revisión. Así permiten la reapertura del proceso Austria, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Turquía, Grecia, Letonia, Lituania, Suecia y el Reino Unido.⁴² La reapertura de procesos

de sus propias sentencias y cómo paulatinamente va limitando esa inicial libertad de medios otorgada a los Estados y sustituyéndola por la mención de las medidas concretas (pp. 293 ss.).

³⁸ Arangüena Fanego, o. cit., p. 292.

³⁹ Sobre esta y otras medidas del Consejo de Ministros dirigidas a la adaptación de los ordenamientos internos para la mejor eficacia de las sentencias del TEDH véase Zanghi, o. cit., pp. 216 ss.

⁴⁰ "Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights: "The Committee of Ministers [...] II. Encourages the Contracting Parties, in particular, to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where:

"(i) the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and

"(ii) the judgment of the Court leads to the conclusion that

"(a) the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or

"(b) the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of".

⁴¹ DH-PR (2004) 007, citado por Arangüena Fanego, o. cit., p. 299.

⁴² Con detalle sobre requisitos, legitimados, casos, etc., Arangüena Fanego, o. cit., pp. 298 ss.; Coral Arangüena Fanego, "Revisión penal y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en C. Arangüena Fanego y Á. Sanz Morán (coords.), *La reforma de la Justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 348 ss.

resulta poco clara en países como España, Irlanda o Liechtenstein, e imposible en países como Portugal, Chipre o Italia, en atención a lo previsto en sus legislaciones.⁴³ A continuación vamos a ver cómo se ha tratado la cuestión en España.

Pero antes merece una breve mención otro tipo de decisiones del TEDH: aquellas que establecen medidas provisionales.⁴⁴ Su falta de regulación convencional y su mero reconocimiento reglamentario podría ser un argumento a favor de su no obligatoriedad jurídica. Sin embargo, la doctrina se halla dividida al respecto, y argumenta en cambio a favor de la obligatoriedad la finalidad de prevención de violaciones de derechos humanos.⁴⁵ El propio TEDH ofrece decisiones contradictorias sobre la cuestión.⁴⁶ En todo caso, incluso la doctrina que no les reconoce obligatoriedad recuerda los deberes morales y políticos de cumplir las medidas provisionales,⁴⁷ en especial cuando de no hacerlo luego una *restitutio in integrum* puede resultar absolutamente frustrada o cuando la propia medida resulta preventiva de la violación del derecho, y todo ello con base en el principio cardinal de la buena fe.

⁴³ Arangüena Fanego, "El cumplimiento...", o. cit., p. 302. Señala esta autora que sin embargo hay que matizar esta afirmación en relación con Italia, donde la jurisprudencia ha intentado dar una solución interpretativa a la inactividad del legislador. Sobre ello, ibídem, p. 303.

⁴⁴ El Convenio no prevé ni contiene referencia alguna a tal tipo de medidas, que están reguladas en el artículo 39 del Reglamento, antes en el artículo 36 del Reglamento de la Comisión. Sobre ello José Antonio Pastor Ridruejo, "Soberanía del Estado y derechos humanos. Sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares adoptadas por el tribunal Europeo de Derechos Humanos", en A. Rodríguez Carrión y E. Pérez Vera (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II, Sevilla: Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, 2005, pp. 1001 ss.

⁴⁵ Así lo recoge Pastor Ridruejo, o. cit., p. 1008.

⁴⁶ Así Pastor Ridruejo, o. cit., p. 1009. Según recoge este autor (p. 1004), la propia Comisión reconoció que no podía ordenarlas, sino solo recomendarlas en varias decisiones. Y el propio TEDH consideró que las medidas no eran obligatorias —caso *Cruz Varas y otros contra Suecia*, sentencia de 20 de marzo de 1991— y que no respetarlas no constituía una violación del Convenio —caso *Conka y otros contra Bélgica*, sentencia de 13 de marzo de 2001—. Esta jurisprudencia cambió en *Mamatkulov y Abdurasulovic contra Turquía*, confirmada por la Gran Sala en sentencia de 4 de febrero de 2005, donde el TEDH consideró que el incumplimiento de las medidas provisionales suponía una vulneración del artículo 34 del Convenio, cambio jurisprudencial que según el autor citado pudo deberse a la excepcional gravedad del caso.

⁴⁷ Así Pastor Ridruejo, o. cit., p. 1010.

2. El CEDH y las decisiones del TEDH en el ordenamiento español

España es miembro del Consejo de Europa desde 1977 y ratificó el CEDH el 4 de octubre de 1979. Desde entonces el número de recursos formulado ante el TEDH contra el Estado español ha sido relativamente pequeño⁴⁸ y menor aún el número de condenas,⁴⁹ si tenemos en cuenta el enorme volumen de recursos que recibe anualmente este Tribunal.⁵⁰

El artículo 96.1 de la Constitución dispone:

1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

El artículo 10.2 de la Constitución Española establece:

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Algunos autores han querido ver en este precepto un reforzamiento de la autoridad jurisprudencial de las sentencias del TEDH.⁵¹

⁴⁸ En opinión de Rafael Alcacer Guirao, "Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación", en *Indret* 1/2012, p. 37 nota 90, ello se debe a que los abogados españoles miran poco hacia Estrasburgo. Señala este autor: "España presentó, en 2007, 310 demandas, y en 2010, 689 demandas, mientras que, por ejemplo (comparando tales cifras con dos Estados sobre los que no puede afirmarse que tengan una mayor tendencia a la vulneración de derechos fundamentales), Alemania presentó 1483 demandas en 2007, y 1683 en 2010; y Francia presentó 1553 en 2007, y 1619 en 2010".

⁴⁹ España ha sido condenada en el 62% de las demandas contra ella —véase la estadística en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6B7605E-6D3C-4E85-A84D-6DD59C69F212/0/Graphique_violation_en.pdf, p. 14. Ha recibido 65 condenas hasta fin de 2011, en los 103 casos presentados. Por valorar la cifra comparativamente: Alemania ha recibido 159 condenas, Francia 627, Italia 1651. Fuente: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056BF32A/0/TABLEAU_VIOLATIONS_EN_2011.pdf.

⁵⁰ El Tribunal dictó su primera sentencia el 14 de noviembre de 1960, en el caso *Lawless contra Irlanda*. Desde entonces el número de condenas dictadas por este hasta fines de 2011 asciende a 12425. Un 85% de las demandas presentadas acaban en condena. Véase http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056BF32A/0/TABLEAU_VIOLATIONS_EN_2011.pdf y http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6B7605E-6D3C-4E85-A84D-6DD59C69F212/0/Graphique_violation_en.pdf, p. 15.

⁵¹ Zanghi, o. cit., p. 226.

Podríamos discutir si este precepto obliga a una interpretación conforme a la jurisprudencia del TEDH o solo a una interpretación conforme al Convenio, tal y como este sea a su vez interpretado por nuestros propios tribunales. Especialmente debatida será la cuestión allí donde pueda argumentarse que el TEDH se ha excedido en su tarea interpretativa inventando obligaciones o derechos que no están claramente expresados en el Convenio.⁵² Tal interpretación, sin embargo, abre una puerta peligrosa a la desautorización de cualquier decisión del TEDH. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional (TC) español considera al TEDH intérprete autorizado del Convenio, de manera que dicho reconocimiento haría que del precepto constitucional mencionado se desprenda que los tribunales españoles están vinculados a la jurisprudencia del TEDH en lo que concierne a la interpretación de los derechos fundamentales —al menos y de conformidad con la cláusula de salvaguarda del artículo 53 del Convenio, añadiría yo, en tanto tal jurisprudencia no sea más restrictiva en su protección del derecho fundamental en cuestión que el propio ordenamiento interno—.⁵³ Sin embargo, poco más de sí da este precepto, y no existe ningún otro que otorgue eficacia directa a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni diga cómo deben ser ejecutadas.

Por ello el Estado español, cuando modifica una norma interna o una determinada aplicación o interpretación de esta, o cuando paga una indemnización a causa de una sentencia del TEDH, lo hace basándose en las obligaciones derivadas del Convenio y no en un precepto interno.

La práctica de los Estados, y entre ellos el español, en materia de ejecución de las sentencias del TEDH parece revelar la convicción de que del artículo 46 deriva una obligación de adoptar medidas generales. Así, por lo general, los Estados al comunicar al Comité de Ministros las medidas adoptadas en ejecución de una sentencia enumeran las medidas generales adoptadas en el ordenamiento interno y afirman de esta manera haber cumplido las obligaciones.⁵⁴ Aunque también nos encontramos con casos que han evidenciado un problema en nuestra legislación todavía no resuelto satisfactoriamente

⁵² Sobre la obligaciones desarrolladas por el TEDH sin un explícito apoyo en el texto de la Convención, véase Viganó, *o. cit.*, pp. 313 y 326.

⁵³ Véase al respecto, y en relación con la protección del derecho fundamental al principio de legalidad, Alicia Gil Gil, “La excepción al principio de legalidad del n. 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2010, en especial el apartado 4.

⁵⁴ Zanghi, *o. cit.*, pp. 217 s., citando como ejemplo español la comunicación del gobierno en relación con la sentencia *Fuentes Bobo contra España*.

y que por lo tanto puede provocar nuevas condenas del Tribunal de Estrasburgo, como veremos a continuación.

Asimismo es frecuente que los tribunales españoles citen las sentencias del TEDH como pauta de interpretación de derechos fundamentales conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución española. Pero también podemos encontrar interpretaciones que persisten con criterios contrarios a la jurisprudencia del TEDH.⁵⁵

3. Supuesto especialmente problemático en el caso español: la revisión de sentencias firmes

La mayoría de las condenas recibidas por el Estado español (el 47 %)⁵⁶ han sido por violación del artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo),⁵⁷ y dentro de estas condenas pueden agruparse en los siguientes aspectos: valoración de la prueba, dilaciones indebidas,⁵⁸ duración excesiva del proceso, no haber sido oído el demandante en el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad o en los recursos,⁵⁹ falta de

⁵⁵ Nicolás Pérez Sola, "El Tribunal Constitucional como juez de los derechos y la integración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el estado de la cuestión", en P. Pérez Tremps (coord.) *La Reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 800.

⁵⁶ Pueden consultarse las estadísticas publicadas por el tribunal en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6B7605E-6D3C-4E85-A84D-6DD59C69F212/0/Graphique_violation_en.pdf

⁵⁷ También ha sido condenado por vulneración de la intimidad, la libertad, la libertad de expresión, el principio de legalidad, la prohibición de la tortura, etc., Pérez Sola, o. cit., pp. 798 y 806 ss. Una estadística puede consultarse también en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6B7605E-6D3C-4E85-A84D-6DD59C69F212/0/Graphique_violation_en.pdf

⁵⁸ Sobre la recepción y desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español de la doctrina del TEDH relativa al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, criticando la recepción automática de los criterios del TEDH, véase Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín y Nicolás Rodríguez García, "La recepción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español en materia de dilaciones indebidas", en *Actas del Congreso Internacional. Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, tomo IV, Edeval: Valparaíso, 2011, pp. 127 ss.

⁵⁹ Pérez Sola, o. cit., pp. 799 y 812 ss., pone como ejemplo de problema en nuestra legislación todavía no resuelto satisfactoriamente, y que por lo tanto puede provocar nuevas condenas del Tribunal de Estrasburgo, la falta de una reforma legislativa tras la condena en el caso *Ruiz Mateos*, que posibilite la intervención en la cuestión de inconstitucionalidad del afectado de forma individual por la ley objeto de examen de constitucionalidad. Y Alcacer Guirao, o. cit., p. 37, señala otros supuestos de falta de audiencia personal contrarios a la jurisprudencia del TEDH. Sobre el problema de la falta de audiencia del acusado en supuestos de modificación de la valoración de la prueba de los elementos subjetivos del delito en casación, por carecer nuestro sistema de un trámite para tales fines (al contrario, se prohíbe la repetición de la prueba en apelación y casación), véase también, muy crítica con la jurisprudencia del TEDH, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio 2012 (ponente Alberto Jorge Barreiro), donde se

imparcialidad objetiva del juzgador, interpretación rigorista de los plazos u otros requisitos que impiden el acceso a un tribunal.⁶⁰ Algunas de ellas revelan problemas estructurales que exigen una reforma legislativa si no se quiere reincidir en la vulneración del Convenio conforme a la opinión del TEDH.⁶¹

En relación con la revisión de sentencias firmes, el Tribunal Supremo (TS) español y el TC, en una serie de decisiones, han puesto de manifiesto la necesidad de realizar una modificación legislativa que permita la reapertura de procesos, especialmente en el proceso penal, donde el derecho afectado, la libertad, es de suma importancia y parece insuficiente acudir al mecanismo de la satisfacción equitativa.⁶²

Sin embargo, como vamos a ver, la práctica jurisprudencial es sumamente contradictoria.

En principio la *restitutio in integrum* en ejecución de una sentencia del TEDH que ha constatado que una sentencia interna ha supuesto la violación del Convenio exigiría la revisión de dicha sentencia. Pero no existe tal motivo en la lista de aquellos que dan lugar a la interposición del recurso de revisión. Y tampoco es posible según la doctrina acudir al incidente de nulidad de actuaciones, ni siquiera tras su reforma por la ley orgánica.

recoge que el TEDH ha condenado a España por este motivo hasta en cuatro ocasiones en el plazo de seis meses. Estima la sentencia que “las referencias reiteradas del TEDH a la exigencia de que para condenar *ex novo* en segunda instancia se oiga previamente al acusado en una vista oral y que incluso se proceda a la ‘valoración directa del testimonio de otros testigos’, implica en cierto modo una injerencia desproporcionada en la regulación interna de los recursos de apelación y casación que genera una importante distorsión y disfuncionalidad en todo el sistema de los recursos en el ámbito procesal penal español, debido a la implantación en algunos casos, como ya se dijo, de un modelo de recurso que se acerca a la apelación plena, a pesar de su escasa aplicación en el ámbito europeo debido a su escasa practicidad y a sus graves inconvenientes”. A pesar de todo ello la sentencia afirma: “La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así [...] se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación”. Sobre el problema generado por la jurisprudencia del TEDH y del TC sobre esta cuestión, con detallado análisis jurisprudencial y recomendando una reforma legislativa para adecuar la legislación española a las exigencias del TEDH, véase Manuel Díaz Martínez, “Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 9, 2013 (en prensa).

⁶⁰ Pérez Sola, o. cit., p. 798.

⁶¹ Véase la nota 60.

⁶² Arangüena Fanego, “El cumplimiento...”, o. cit., p. 291.

nica (LO) 6/2007, de 24 de mayo.⁶³ Por ello nuestros tribunales han ensayado distintas y a veces contradictorias vías de solución:⁶⁴

3.1. La negativa a anular la sentencia vulneradora del Convenio argumentando la ausencia de efectos ejecutivos de las sentencias del TEDH y la falta de integración de dicho tribunal en la organización judicial española a modo de “última instancia”

Esta fue la primera decisión que tomó el TS español en su sentencia de 4 de abril de 1990 a raíz de la sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 1988 en el caso *Barberá, Mesegué y Jarabo contra España*, que había condenado al Estado español por vulneración del artículo 6.1.

3.2. La declaración de nulidad de la sentencia vulneradora a través del recurso de amparo por la lesión actual de derecho fundamental

Esta fue la solución que dio el Tribunal Constitucional al mismo caso arriba expuesto, en su sentencia 245/1991, de 16 de diciembre.⁶⁵ En ella el TC reitera el efecto meramente declarativo de las sentencias del TEDH, que por sí mismas no anulan ni modifican las sentencias nacionales declaradas contrarias al Convenio, y recuerda que el Tribunal de Estrasburgo no es un órgano superior respecto de los tribunales internos, ni tampoco impone a los Estados medidas procesales concretas para reparar una violación del Convenio. Pero al mismo tiempo el TC recuerda que el Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte del ordenamiento español en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución y que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (artículo 10.2 de la Constitución española [CE]), entre los que ocupa un especial papel el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades

⁶³ Ibídem, p. 305.

⁶⁴ Resumimos a continuación la explicación detallada de Arangüena Fanego, “El cumplimiento...”, o. cit., pp. 306 ss.

⁶⁵ BOE, 15 de enero de 1992.

Fundamentales, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio.

De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno.

La decisión del TC sin embargo originó una amplia discusión doctrinal; algunos ilustres procesalistas la calificaron de sentencia *contra legem*,⁶⁶ mientras que otros justificaban la solución ante la laguna legal. El principal obstáculo era que en aquella época el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) impedía la declaración judicial de nulidad de las sentencias firmes, y que el propio TC había declarado dicho precepto acorde con la Constitución. Tras la mencionada STC 245/1991 el artículo 240 LOPJ se modificó, pero resulta todavía insuficiente, a juicio de la doctrina, por la limitación de los motivos que pueden fundamentar la impugnación y el limitado plazo para pedir la nulidad.⁶⁷

Curiosamente un par de años después el propio TC dictaminaba en sentido contrario cuando se le solicitó amparo en ejecución de la STEDH en el caso *Familia Ruiz Mateos contra España*, de 23 de junio de 1993. El TC inadmitió el recurso de amparo frente a las sentencias internas sobre el caso, que incluían también decisiones del propio TC, argumentando que no tenía jurisdicción para revisar sus propias sentencias y poniendo de manifiesto que no se trataba de un caso de privación de libertad por una condena, como el que había examinado en la sentencia 245/1991, sino de una caso de expropiación.

El TS siguió negando efecto a las sentencias del TEDH, rechazando que fuera aplicable el incidente de nulidad de actuaciones en la sentencia 6502/1996, de 20 de noviembre, como pretendían los demandantes a los que la STEDH de 9 de diciembre de 1994 había dado la razón en el caso *Hiro Balani contra España*.

La postura restrictiva se consolida con posteriores decisiones del TC en tres casos. Se trata de la providencia de 11 de marzo de 1999 y el auto 96/2001, de 24 de abril,

⁶⁶ Así por ejemplo, Vicente Gimeno Sendra en su voto particular a la sentencia.

⁶⁷ Arangüena Fanego, "El cumplimiento...", o. cit., p. 307, nota 44.

del TC, que inadmiten sendos recursos de amparo relativos al caso *Castillo Algar contra España*, en el que la STEDH de 28 de octubre de 1998 había condenado por infracción del artículo 6.1 del CEDH la sentencia del TC (STC) 313/2005, que resolvió desestimando el recurso de amparo interpuesto a raíz de la STEDH de 25 de julio de 2002, condenado por infracción del artículo 6.1 en el caso *Perote Pellón contra España*, y la sentencia 197/2006, de 3 de julio,⁶⁸ que negó el amparo solicitado a raíz de la STEDH de 29 de febrero de 2000 en el caso *Fuentes Bobo contra España* (en este caso la sentencia impugnada no violaba el proceso justo; el caso trataba de un despido improcedente en vulneración de la libertad de expresión del demandante) y rechazó también que la STEDH pudiese ser considerada un “hecho nuevo” a los efectos de integrar el motivo del recurso extraordinario de revisión. En el primero de los casos citados el TS había rechazado también la posibilidad del recurso de revisión por no estar regulado como motivo de este recurso en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) la existencia de una sentencia del TEDH.

En todos estos casos, como decimos, el TC negó el amparo que sí había concedido en su sentencia de 1991 antes aludida. Para ello insistió en la interpretación limitativa que ya había mencionado en aquella sentencia: la vulneración del derecho fundamental tiene que ser actual, es decir, tiene que continuar produciéndose en el momento en que se solicita el amparo. Solo en tales casos la subsistencia de la vulneración del derecho fundamental exigía la adopción de medidas para cesar y reparar satisfactoriamente dicha lesión en consonancia con las obligaciones dimanantes del artículo 46 y del artículo 1 del CEDH. Esto sucedía en el caso *Barberá y Messegué* porque los recurrentes continuaban en prisión, y en opinión del Tribunal el cumplimiento de las condenas supondría la continuación de efectos de las sentencias impugnadas y por tanto el mantenimiento de esa lesión del derecho a un juicio justo reconocido en el CEDH y en el artículo 24 CE, y a la vez una lesión del derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17.1 CE. Pero no ocurría lo mismo, en opinión del TC, en todos estos otros casos,⁶⁹ en los que no cabía sostener el carácter actual o subsistente de la violación del derecho. Así el TC, cuando la condena ya había sido cumplida, consideraba que para ejecutar la STEDH bastaba con el abono de la indemnización a la que en concepto de satisfacción equitativa proporcional dicho tribunal, en su caso, hubiera condenado y que, por lo

⁶⁸ BOE, 4 de agosto de 2006, accesible en <http://www.boe.es/boe/dias/2006/08/04/pdfs/T00011-00021.pdf>.

⁶⁹ Con mayor detalle sobre estos véase también Pérez Sola, o. cit., pp. 806 ss.

demás, al afirmar la violación del derecho al juicio justo, la sentencia de Estrasburgo tenía un mero efecto declaratorio.⁷⁰

3.3. La posibilidad de considerar una STEDH un “hecho nuevo” a efectos de integrar uno de los motivos previstos en la ley para el recurso extraordinario de revisión

Como acabamos de ver, tanto el TS como el TC han rechazado repetidamente que una sentencia del TEDH pudiese dar lugar al recurso extraordinario de revisión, por no hallarse este supuesto previsto entre los motivos que recoge la ley española. Sin embargo, en la sentencia 240/2005, en la que deniega el amparo solicitado a raíz de la STEDH de 14 de octubre de 1999, en el caso *Riera Blume y otros contra España*, en un *obiter dicta*, el TC afirmó:

b) En general, en virtud de los criterios expuestos que delimitan el control constitucional en torno a las decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, no parece constitucionalmente aceptable que se deniegue una revisión penal por razones formales cuando lo que el recurrente alega es que en un procedimiento diferente se ha llegado a la constatación firme y de obligado acatamiento de que una de las pruebas en que se sustenta su condena fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales, queja que encaja nítidamente con la finalidad originaria del recurso de revisión: “remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción” (STC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5). Ni puede negarse que una sentencia sea un “hecho”, “algo que acaece en el tiempo y en el espacio” (STC 150/1997, FJ 5), ni cabe negar que respecto al proceso que finalizó con su condena la Sentencia invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituya un dato nuevo, consistente en la imposibilidad de valorar dicha prueba. Se trata así de lo propio de la revisión, según afirmábamos en el ATC 112/1991, de 11 de abril, que no es una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto.

Desde esta perspectiva, una interpretación del art. 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de “hecho nuevo” se opone al principio de interpretación *pro actione* tal como lo hemos definido anteriormente, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión

⁷⁰ Igualmente en el caso *Fuentes Bobo*, sentencia 197/2006, de 3 de julio de 2006, el TC afirmó que no podía sostenerse que “los efectos derivados de la pérdida del puesto de trabajo, como consecuencia del despido, supongan el mantenimiento de la lesión del referido derecho fundamental”.

preservan —especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes— y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE. No cabe duda de que una declaración como la contenida en la Sentencia ahora invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede en hipótesis evidenciar “la equivocación de un fallo” condenatorio de personas distintas a las beneficiadas por aquella declaración, por lo que parece evidente que, frente a esta declaración no puede prevalecer “el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria” (STC 150/1997, FJ 5). Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión “hechos nuevos … que evidencien la inocencia del condenado” del art. 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración.

En el mismo sentido podemos citar varias resoluciones del TC y el TS a raíz de la STEDH de 18 de febrero de 2003, en el caso *Prado Bugallo contra España*. Así, en su auto de 24 de abril de 2004, el TS, mencionando expresamente la pasividad del legislador que no ha cumplido todavía con la recomendación del Comité de Ministros de 19 de enero de 2000, así como el hecho de que las penas siguen pendientes de ejecución, lo que supondría una vulneración actual del derecho a la libertad, afirma que cabe una interpretación amplia del artículo 954.4º de la LECrim en la que se considere “hecho nuevo que evidencie la inocencia del condenado” la declaración de ilicitud de una prueba condenatoria por una sentencia del TEDH si no existen otras pruebas suficientes y válidas en su contra,⁷¹ lo que en el caso concreto no sucedía, pues eliminadas las

⁷¹ Frente a la pasividad del legislador, considera la Sala que “no puede permanecer ajena a una declaración contenida en una sentencia del TEDH según la cual una resolución condenatoria de los órganos jurisdiccionales españoles del orden penal se ha dictado con vulneración de un derecho reconocido por el Convenio que en nuestro ordenamiento aparece recogido en la Constitución con el rango de derecho fundamental. Ello adquiere un especial relieve cuando las penas impuestas en la sentencia cuestionada aún están pendientes de su cumplimiento, en todo o en parte, de modo que su ejecución supone una afectación actual del derecho a la libertad” (FJ 6). Afirma que “cabe una interpretación del artículo 954.4 de la LECrim en la que se considere que la supresión, por haberse declarado válidamente su ilicitud, de una prueba que ha sido utilizada en la sentencia condenatoria como un elemento probatorio en contra de la presunción de inocencia del acusado, es un hecho nuevo que puede suponer la inocencia de éste, revitalizando la presunción que le ampara inicialmente, si es que no existen otras pruebas suficientes y válidas en su contra. La imposibilidad de tener en cuenta el material probatorio valorado para la condena se desprende, en estos casos, de la Sentencia del TEDH en cuanto que declara que en su obtención se ha vulnerado un derecho reconocido por el Convenio que tiene en nuestra Constitución rango de derecho fundamental. [...] Si la vulneración declarada se ha cometido al obtener, practicar o tener en cuenta una prueba de cargo, ese material probatorio no puede ser considerado válido y debe ser expulsado del proceso, pues su permanencia en el mismo equivaldría a mantener la

escuchas telefónicas que el TEDH había considerado contrarias al Convenio subsistían otras pruebas suficientes de la culpabilidad del recurrente. Esta actuación del TS fue confirmada por la posterior STC 70/2007 de 16 de abril, que desestimó el amparo.⁷²

4. Conclusiones

Por lo general los tribunales españoles han considerado que las decisiones del TEDH tienen un efecto meramente declaratorio de la vulneración de un derecho. Hay unanimidad por otra parte en que no son directamente ejecutables. Sin embargo, se matiza que su carácter obligatorio impone a España tomar las medidas para evitar que persistan los efectos de dicha vulneración y para remover las condiciones que puedan llevar a repetirla. Si bien en principio el Estado tiene un amplio margen de libertad para decidir los medios por los que restituir el derecho o adecuar su ordenamiento al Convenio, lo cierto es que existen sentencias que dejan poco arbitrio, como por ejemplo las que ordenan la puesta en libertad de un detenido como única manera de cesar la violación de su derecho.

Como hemos visto, la jurisprudencia española ha interpretado de manera muy restrictiva la posibilidad de reapertura de un proceso interno a raíz de una sentencia condenatoria del TEDH por infracción del artículo 6 del Convenio. En realidad tal reapertura solo se ha realizado en una única ocasión, el caso *Barberá*, en el que la singularidad de sus circunstancias y la necesidad imperiosa de encontrar una salida a la situación de privación de libertad de los afectados llevó al TC admitir el recurso de amparo.⁷³ Por lo demás se ha consolidado una línea jurisprudencial muy limitativa de esta posibilidad, puesto que en el resto de los casos se ha afirmado que la lesión del derecho fundamental no continuaba vigente y por ello no había lugar al recurso.

Respecto del recurso de revisión también encontramos una negativa mayoritaria de los tribunales a admitir su aplicación, exceptuada por algunas decisiones recientes que

lesión en los derechos fundamentales afectados directa o indirectamente. Es precisamente esa desaparición de la prueba del acervo probatorio lo que constituye el hecho nuevo. Desde esta perspectiva, el derecho a un proceso con todas las garantías se satisface con la eliminación de la prueba nula. Y el derecho a la presunción de inocencia, en el entendimiento que de la misma tienen esta Sala y el Tribunal Constitucional, mediante el examen del resto del material probatorio no afectado por la sentencia del TEDH" (FJ 7).

⁷² BOE, 23 de mayo de 2007, <<http://www.boe.es/boe/dias/2007/05/23/pdfs/T00010-00019.pdf>>.

⁷³ Pérez Sola, o. cit., p. 811.

abren la puerta a este recurso cuando la sentencia de Estrasburgo eliminara la licitud de todas las pruebas contra el recurrente, lo que permitiría su inclusión en el motivo recogido en el artículo 954.4.^o de la LECrim como “hecho nuevo que evidencie la inocencia del condenado”. Esta posibilidad no se ha dado tampoco nunca, considerándose en los casos analizados que subsistían pruebas incriminatorias aparte de la eliminada por la sentencia del TDEH.

La panorámica jurisprudencial expuesta de manifiesto, según la doctrina, la inexistencia en nuestro ordenamiento de cauces adecuados para la ejecución de las sentencias del TEDH y la necesidad, para evitar la inseguridad jurídica que genera la diversidad de soluciones adoptadas y para dotar de mayor eficacia a las sentencias del TEDH, de regular expresamente el cauce procesal para ello.⁷⁴ La solución podría estar en una modificación de la regulación del recurso extraordinario de revisión añadiendo un nuevo motivo,⁷⁵ o en la introducción de un cauce nuevo y específico,⁷⁶ o incluso, según algún autor, también en la reforma del recurso de nulidad del artículo 240 LOPJ.⁷⁷ Al respecto también señala la doctrina la conveniencia de armonizar estos mecanismos en las distintas legislaciones de los países europeos, en aras de la seguridad jurídica y de la efectividad del orden público europeo en condiciones de igualdad.⁷⁸

La reciente sentencia del TEDH en el caso *Del Río Prada contra España* (demanda n.^o 42750/09), de 10 de julio de 2012, va a suponer una prueba de fuego en el tema que estamos tratando.⁷⁹ En su sentencia el Tribunal considera que la llamada *doctrina Parot*, por la que el Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 28 de febrero de 2006 cambia la jurisprudencia anterior y pasa a considerar que los plazos para aplicar los beneficios penitenciarios deben contarse a partir de la suma total de las condenas y no, como hacía anteriormente, a partir del límite de cumplimiento establecido para el concurso de delitos en los casos de presos terroristas, constituye una violación de los principio de

⁷⁴ Así Arangüena Fanego, “El cumplimiento...”, o. cit., pp. 313 ss., y Pérez Sola, o. cit., p.811.

⁷⁵ Pérez Sola, o. cit., p. 812, Arangüena Fanego, “El cumplimiento...”, o. cit., p. 319.

⁷⁶ Pérez Sola, o. cit., p. 812, Arangüena Fanego, “El cumplimiento...”, o. cit., p. 320.

⁷⁷ Pérez Sola, o. cit., p. 812.

⁷⁸ Arangüena Fanego, “El cumplimiento...”, o. cit., p. 321.

⁷⁹ Para un comentario sobre esta decisión véase Alicia Moreno Pérez, Patricia Goicoechea García y Lydia Vicente Márquez, “Análisis de la Sentencia del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España”, en *Series Análisis Jurídicos - Seguridad y Derechos Humanos*, n.^o 1, septiembre de 2012, accesible en https://docs.google.com/file/d/0ByBM8_x9YdxiblVReU1VlpUN28/edit?utm_medium=email&utm_campaign=d650dd3b1b-An_lisis_de_la_sentencia_R_o_Prada9_9_2012&utm_source=Mantenme+informado&pli=1.

legalidad y de irretroactividad, y por tanto una infracción de los artículos 7 (principio de legalidad) y 5.1 (derecho a la libertad) del Convenio.

En su decisión el Tribunal sostiene que “el Estado demandado es responsable de asegurar la liberación de la solicitante tan pronto como sea posible”, además de imponerle el pago a favor de la demandante de 31 500 euros. Sin embargo, en cuanto se hizo pública la decisión, los ministros de Interior y de Justicia se apresuraron a declarar que no se iba a excarcelar a Inés del Río Prada pues la sentencia todavía no es definitiva, ya que el Estado español ha anunciado que remitirá el asunto a la Gran Sala, lo que hace que no sea todavía obligatoria, conforme a los artículos 46 y 44.2. Pocos días después el TC rechazaba el recurso presentado por 16 presos de ETA reclamando su excarcelación en aplicación de la sentencia de Estrasburgo, con el argumento de que la sentencia *Inés del Río contra España* todavía no tiene carácter definitivo.⁸⁰ El 23 de octubre de 2012 la Gran Sala admitió a trámite el recurso del Estado español, sobre el que aún no ha dictaminado al tiempo de entrega de este informe.

En la actualidad 67 presos⁸¹ siguen en prisión en nuestro país en aplicación de la doctrina Parot, por lo que la decisión de la Gran Sala resulta de gran trascendencia. La cuestión se complica porque el terrorismo y el tratamiento penal y penitenciario de los terroristas son temas por un lado muy sensibles y por otro altamente politizados en nuestro país. Ello ha hecho que se reabra el debate sobre la falta de ejecutoriedad directa de las sentencias del TEDH, que algunos, quizás interesadamente, quieren confundir con el de su obligatoriedad.⁸²

⁸⁰ El TC dictó 16 providencias en este sentido el 21 de agosto de 2012, en las que la sala de vacaciones del TC acordó “no modificar la denegación de suspensión adoptada en el presente incidente. La circunstancia sobrevenida alegada carece de relevancia suficiente por no tener la sentencia del TEDH carácter definitivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

⁸¹ El TC ordenó la libertad de cuatro presos en tres sentencias de 29 de marzo de 2012 y otra de 24 de mayo de 2012. Sin embargo, con ello el TC no desautorizaba completamente esta doctrina, sino solo en aquellos casos en que la liquidación de la condena se había realizado antes de la sentencia del TS de 28 de febrero de 2006.

⁸² Véase, por ejemplo, “La ‘doctrina Parot’ puede aplicarse o no, al margen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Legaltoday.com*, <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/>, 13 de agosto de 2012.

Bibliografía

- ALCACER GUIRAO, R., “Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación”, en *Indret* 1/2012.
- AMBOS, K., y M. L. BÖHM, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido vs. tribunal audaz?”, en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “Revisión penal y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en C. ARANGÜENA FANEGO y Á. SÁNZ MORÁN (coords.) *La reforma de la Justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Valladolid: Lex Nova, 2008.
- “El cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo del Derechos Humanos y la Revisión de sentencias firmes”, en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 9, 2013 (en prensa).
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., “Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GIL GIL, A., “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- “La excepción al principio de legalidad del n.º 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2010.
- GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO, “La controvertida eficacia directa de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del tribunal constitucional”, en *Informe “El tiempo de los derechos”*, n.º 12. 2010, accesible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf> (5.9.2012).
- MORENO PÉREZ, A., P. GOICOECHEA GARCÍA y L. VICENTE MÁRQUEZ, “Análisis de la Sentencia del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España”, en *Series Análisis Jurídicos - Seguridad y Derechos Humanos*, n.º 1, septiembre de 2012.

- MORTE GÓMEZ, C., “Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en J. SOROETA LICERAS (ed.) *La eficacia del derecho internacional de los derechos humanos*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2011, pp. 225-242.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., “Soberanía del Estado y derechos humanos. Sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares adoptadas por el tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en A. RODRÍGUEZ CARRIÓN y E. PÉREZ VERA (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II, Sevilla: Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, 2005.
- PÉREZ SOLA, N., “El Tribunal Constitucional como juez de los derechos y la integración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el estado de la cuestión”, en P. PÉREZ TREMPS (coord.) *La Reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., y N. RODRÍGUEZ GARCÍA, “La recepción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español en materia de dilaciones indebidas”, en *Actas del Congreso Internacional. Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, tomo IV, Edeval: Valparaíso, 2011.
- RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona: Atelier, 2007.
- SALADO OSUNA, A., “La ejecución de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- VIGANÓ, F., “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, en S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ZANGHI, C., “Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Javier Dondé

RESUMEN. Con la reforma constitucional, en materia de derechos humanos se crea en la Constitución Política mexicana un doble régimen de recepción del derecho internacional, mediante el cual se habilita un mecanismo de implementación específica para normas convencionales que contengan disposiciones de derechos humanos. Por ello, resulta relevante analizar en qué medida se ha cumplido con las obligaciones derivadas de las sentencias condenatorias de la Corte IDH para México. Cabe resaltar que la eficacia del cumplimiento de estas obligaciones depende de los órganos encargados de la consecución, ya que si le compete a más de una autoridad el desempeño se vuelve más complicado.

Palabras clave: Reforma constitucional, control de convencionalidad, acotamiento de fuero militar, reformas legislativas y criterios judiciales.

ABSTRACT. In June 2010, a reform regarding the protection of human rights in the Mexican Constitution created a dual system for the incorporation of international law. The reform established a specific mechanism for the implementation of human rights provisions contained in international conventions. Therefore, it is important to analyze Mexico's compliance with the obligations set out in the Inter-American Court of Human Rights' judgments in cases against the country. It should be noted that the effectiveness of compliance depends on the entities entrusted with it, and that the task becomes more difficult when more authorities are involved.

Keywords: Constitutional reform, conventionality control, limitation of military jurisdiction, legal reforms and judicial criteria.

ZUSAMMENFASSUNG. Im Rahmen der Verfassungsreform wurde in der mexikanischen Verfassung ein duales System zur Transformation des Völkerrechts in das innerstaatliche Recht eingeführt. Daraus ergibt sich ein besonderer Umsetzungsmechanismus für Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen, die Menschenrechte

betreffen. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig zu analysieren, in welchem Umfang die aus den Urteilen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen Mexiko abgeleiteten Verpflichtungen erfüllt wurden. Ob diese Verpflichtungen wirksam umgesetzt werden, hängt von den mit der Ausführung beauftragten Institutionen ab. Sobald die Zuständigkeit bei mehr als einer Stelle liegt, kommt es zu Komplikationen.

Schlagwörter: Verfassungsreform, Überprüfung der Verfassungskonformität, Begrenzung der Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit, gesetzliche Reformen und richterliche Kriterien.

1. Introducción

En las siguientes líneas se analizará el impacto que han tenido las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en México. Es importante fijar de inicio la incidencia que tiene el derecho internacional de los derechos humanos, pues el 10 de junio de 2011 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución o Constitución Federal) para incorporar más directamente los derechos humanos, lo cual repercute claramente en la manera en que se adopta este cuerpo normativo de forma interna. Lo que es más: todavía no queda del todo claro cuál es el efecto de este cambio constitucional, ya que hay temas que la reforma y la subsecuente interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no han resuelto.

Una de las características de esta reforma constitucional es que se crea un doble estándar para la recepción del derecho internacional: una regla general para cualquier tratado internacional y una incorporación distinta para aquellas normas convencionales que contengan disposiciones de derechos humanos. Como el presente trabajo versa sobre el último aspecto, solamente se explicará el alcance de este, pues el régimen general resulta irrelevante. Estas consideraciones se abordarán en la primera parte.

La segunda parte se concentrará en detallar el alcance que han tenido en particular las decisiones que han condenado a México. Se analizarán casos particulares, como *Rosendo Radilla*,¹ que han tenido impacto más allá del fallo en contra del Estado mexicano, por lo que estas implicaciones se tendrán que explicar y vincular con contenidos del apartado primero.

¹ Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, n.º 209.

Una última aclaración metodológica: solamente se estudiarán cuestiones vinculadas a temas de derecho penal y procesal penal, lo cual incluye cambios en los tres órdenes de gobierno. En la medida de lo posible se ha tratado de sistematizar la información tomando en cuenta los temas que formaron parte de las sentencias de la Corte IDH. Esto puede implicar que en más de un caso se aborden los mismos temas, pero también puede significar que un tema implique cumplimiento por parte diversas instancias de gobierno. A manera de ejemplo, la competencia de los tribunales militares es un tema recurrente en las sentencias de la Corte IDH, pero a su vez eso ha implicado que el Poder Judicial modifique sus criterios de interpretación y que el Congreso emita una reforma legislativa para restringir la competencia del fuero castrense. Estos efectos generaron algunos problemas de sistematización, aunque se trató de organizar la información de la mejor manera posible.

2. Bases de la recepción del derecho internacional en México

En este apartado no se realizará una exposición exhaustiva de la recepción del derecho internacional en México; solamente se harán algunas referencias a la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, por estar directamente relacionada con el tema de este estudio. Incluso se puede interpretar como una reacción a la incorporación de México al sistema interamericano.²

El nuevo artículo 1.^º constitucional, reformado el 10 de junio de 2011, dicta las bases de la recepción de los derechos humanos en México. La letra del primer párrafo señala:

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.

De la simple lectura de este precepto no se desprende un cambio importante en la incorporación de los tratados internacionales; sin embargo, se menciona en el dictamen

² Sobre la recepción del derecho internacional en México véase Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho nacional*, México: UNAM, 2006.

de la Cámara de Senadores que “la propuesta consiste en hacer un amplio reconocimiento de los derechos humanos, dándole carácter constitucional a todos, con lo que deben considerarse incluidos, tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en el texto, como los consagrados en los tratados internacionales de los que México sea parte”.³

Aunque los senadores recalcaron que no se buscaba crear un cambio en la jerarquía normativa de los tratados internacionales,⁴ en esta y otras partes del texto expresan su intención de constitucionalizar los derechos humanos previstos en los mencionados instrumentos internacionales.⁵ Esto implicaría la creación de un bloque de constitucionalidad que no se ha confirmado todavía, cuestión que se verá en los apartados siguientes.

Las anteriores afirmaciones nos dejan varias conclusiones sobre el nuevo sistema jurídico mexicano. En primer lugar, se crea una distinción entre las disposiciones de derechos humanos previstas en los tratados y otros tratados, así como otras disposiciones de esos instrumentos que no versen sobre derechos humanos.

Por ejemplo, tratados que son exclusivamente sobre derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ahora tendrían rango constitucional. Asimismo, serían parte de este bloque de constitucionalidad disposiciones aisladas que protejan a la persona humana; tal es el caso del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que establece una norma de debido proceso al reconocer el derecho a la asistencia consular.⁶ El resto de la Convención se regiría por el artículo 133 constitucional, previamente analizado. Igualmente, todos los demás tratados —comerciales, culturales o de asistencia jurídica— quedarían también regidos por este precepto.

Queda todavía la duda del régimen aplicable a los tratados en materia de derecho penal internacional y de derecho internacional humanitario, pues si bien en estricto

³ *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos*, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto a la minuta proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos (*dictamen Reforma en derechos humanos*), p. 12.

⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁶ Véase Corte Internacional de Justicia, caso Avena y otros nacionales mexicanos (*México contra Estados Unidos*), 31 de marzo de 2004, y Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva, OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, serie A, n.º 16.

sentido no protegen derechos humanos, es innegable que protegen a las personas o establecen mecanismos para la prevención y sanción de violaciones de derechos humanos, como la tortura y la desaparición forzada de personas. Esto parece que se tendrá que resolver, junto con la confirmación de la existencia de un bloque de constitucionalidad, por la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Lo que queda más claro es que en la reforma constitucional en materia de derechos humanos no queda prevista la costumbre internacional, las sentencias y el *soft law* en general. Consecuentemente, podemos asumir que estas disposiciones internacionales seguirán teniendo el mismo peso u obligatoriedad de que gozaban antes de dichas modificaciones.

Otro aspecto importante de la reforma es la incorporación constitucional del principio *pro persona*, en el segundo párrafo del propio artículo 1.º:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Como se verá en los apartados posteriores, esta disposición tiene repercusiones importantes en el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.⁷

3. Control de convencionalidad

El Poder Judicial de la Federación ya se había pronunciado sobre temas relacionados con la recepción de los derechos humanos en México y otros aspectos vinculados, como el control de convencionalidad.⁸ No obstante, el expediente Varios 912/2010 (caso *Radilla-SCJN*), en el cual la Suprema Corte establece las obligaciones que considera le son aplicables a raíz de la aceptación de la competencia de la Corte IDH, se ha

⁷ Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos ya había pronunciamientos sobre la obligatoriedad en el uso del principio *pro persona*, por lo menos por el Poder Judicial de la Federación. Al respecto véase *Principio pro homine. Su aplicación es obligatoria*, 9.ª época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, registro 179 233.

⁸ Véanse *Amparo 1060/2008*, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito, 2 de julio de 2009; *Amparo directo 505/2009*, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 21 de enero de 2010.

convertido en un parteaguas en la aplicación de los criterios del sistema interamericano de derechos humanos en México.⁹

La primera cuestión que estableció la Suprema Corte fue la obligatoriedad de las sentencias dictadas por los tribunales internacionales, como la Corte IDH, derivada del reconocimiento de la competencia de estos tribunales por el Estado mexicano. De tal forma, el Poder Judicial de la Federación y la propia Suprema Corte están obligados a acatar estas resoluciones. Aun cuando las sentencias dictadas contra el Estado mexicano son vinculantes, la SCJN no aceptó la obligatoriedad de las sentencias en los casos en los cuales son otros Estados los involucrados en la determinación.¹⁰

Es importante señalar que la Suprema Corte no se pronunció sobre la obligatoriedad de las opiniones consultivas que emite la Corte IDH. Hasta este momento los precedentes indican que tampoco serán considerados vinculantes.¹¹

De esta manera, la Suprema Corte procedió a analizar la reforma constitucional en materia de derechos humanos, previamente expuesta, a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por México. Así, determinó que los jueces nacionales deben observar en primer lugar los derechos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales. Consideró que los criterios jurisprudenciales emitidos por los tribunales federales son igualmente obligatorios. Consecuentemente, se deberá “acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno más favorecedor y que procure una protección más amplia del derecho que se busca proteger”.¹²

Es importante notar que la Suprema Corte empleó la expresión “jueces nacionales”, lo cual implica que no solamente los jueces federales sino los de cualquier jurisdicción están obligados a llevar a cabo este ejercicio en sus resoluciones. Esta aclaración es

⁹ Véase expediente *Varios 912/2010 (caso Radilla-SCJN)*, 14 de julio de 2012 (publicada en el *DOF*, 4 octubre 2011), Pleno, § 13.

¹⁰ Ibídem, § 19-20.

¹¹ Véase *Acción de inconstitucionalidad 37/2006*, 5 de octubre de 2006. Como ejemplos del uso de opiniones consultivas como criterios orientadores véase también *Extranjero privado de la libertad, si no existe constancia que acredite que se le informó que cuenta con el derecho a una asistencia consular o se observa que no se hizo con la oportunidad debida como lo exige el debido proceso legal a efecto de que prepare su defensa, debe reponerse el procedimiento*, 10.^a época, Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, registro 2000 578, y *Seguridad pública, el artículo 50 de la ley de la materia del estado de Guanajuato, al proscribir el pago de salarios caídos en caso de cese injustificado de los miembros de las instituciones policíacas, viola el derecho humano a la igualdad y no discriminación previsto en los artículos 1.^º de la Constitución Federal, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (control de convencionalidad ex officio)*, 10.^a época, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito, registro 2001 769.

¹² Ibídem, § 21.

importante, dado que en los párrafos siguientes se analizó el control de convencionalidad, específicamente cómo se debe ejercer; en concreto, el párrafo 339 del caso *Radilla*, en el que se obliga a todas las autoridades judiciales mexicanas a ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, tomando en cuenta no solo la CADH sino también los criterios de la Corte IDH.¹³

Es preciso destacar que la sentencia de la Corte IDH que obliga a los tribunales mexicanos a ejercer un control de convencionalidad señala que se deben tomar en cuenta los criterios que ella misma emite, en su calidad de órgano máximo intérprete de la CADH. Esto pareciera contravenir la distinción que hace la Suprema Corte entre criterios vinculantes y criterios orientadores, pues, en el ámbito regional, no se hace esta distinción y el ignorarla podría implicar un desacato a las obligaciones derivadas del sistema interamericano de derechos humanos. Preferir el empleo de los criterios del Poder Judicial de la Federación se justifica en la medida en que estos establezcan una protección más amplia, es decir, impliquen una aplicación más directa del principio *pro persona*. Ello justificaría omitir los criterios de la Corte IDH, pero la SCJN debió haberlo vinculado con este principio hermenéutico que, como ya se vio, se fundamenta constitucionalmente desde la reforma en derechos humanos.

Solventado este comentario, la Suprema Corte procedió a analizar el control de convencionalidad. Un punto que dejó claro desde el inicio es que el Poder Judicial de la Federación conserva la facultad exclusiva de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica. Esto tiene consecuencias importantes dado que tal declaración seguirá siendo la única manera de hacer una declaración de invalidez o expulsar del sistema jurídico aquellas normas jurídicas que violenten los derechos humanos.¹⁴

Para el resto de los juzgadores nacionales queda el control de convencionalidad, que se deberá realizar, como se dijo, atendiendo a los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados y atendiendo a los criterios vinculantes u orientadores, según sea el caso. Estos juzgadores deberán aplicar una interpretación conforme, en sus dos vertientes: en sentido amplio y en sentido estricto.¹⁵

Los jueces deben tomar en consideración todos los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución como en los tratados internacionales, interpretándolos de

¹³ Ibídem, § 23-24.

¹⁴ Ibídem, § 29.

¹⁵ Ibídem, § 33.

la forma más amplia posible (interpretación conforme en sentido amplio). A su vez, deben interpretar las normas jurídicas internas de tal manera que sean compatibles con los derechos humanos (interpretación conforme en sentido estricto). Solamente cuando no sea posible conciliarlos con la norma jurídica, el juzgador procederá a inaplicarla. Su función no es la de constitucionalidad, que puede declarar la invalidez de la disposición; solamente puede dejar de aplicarla en el caso concreto, sin que dicha determinación tenga efectos *erga omnes*.¹⁶

Una vez establecido este mecanismo, la Suprema Corte procedió a aplicarlo en el caso concreto, es decir, en la aplicación restrictiva del fuero militar. En el caso *Radilla* se estableció la incompatibilidad del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar con el artículo 2 de la CADH, pues aquel permite que los tribunales castrenses conozcan de violaciones a derechos humanos cometidas en contra de civiles. Así, las víctimas o sus familiares irremediablemente son sometidos a la autoridad judicial militar cuando un miembro de las fuerzas armadas es acusado de un delito. Consecuentemente, dicho precepto debe interpretarse de tal manera que, cuando un militar sea acusado de cometer violaciones a derechos humanos de civiles, siempre deberán conocer los tribunales civiles.¹⁷

Todavía no es del todo claro cuál será el impacto de esta resolución derivada del caso *Radilla* en el resto del Poder Judicial de la Federación y el resto de los jueces del país. Algunos de los tribunales colegiados han retomado los criterios de la Suprema Corte para generar jurisprudencia en el mismo sentido.¹⁸ Algunos han intentado aclarar el alcance del control de convencionalidad al explicar, por ejemplo, que los jueces no están obligados a hacer un análisis de la posible violación a todos los derechos humanos reconocidos en el sistema jurídico mexicano.¹⁹

¹⁶ Ibídem, véase también *Dictamen en reforma de derechos humanos*, p. 14. La interpretación conforme fue una de las sugerencias que hizo la Cámara de Senadores cuando aprobó la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

¹⁷ Véase caso *Radilla-SCJN*, cit., § 38, 40, 43-44.

¹⁸ Véase "Control constitucional y control de convencionalidad difuso. Sus características y diferencias a partir de la reforma al artículo 1.º de la Constitución Federal", en *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011,^{10.ª} época, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, registro 2000 071; *Control de convencionalidad. Cómo deben ejercerlo los órganos jurisdiccionales nacionales*, 10.ª época, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, registro 2000 072.

¹⁹ Véase *Derechos humanos. El control de convencionalidad ex officio que están obligados a realizar los juzgadores no llega al extremo de analizar expresamente y en abstracto en cada resolución todos los derechos humanos que forman parte*

Incluso en ocasiones la Suprema Corte ha empleado estos criterios para decidir nuevos parámetros de interpretación constitucional, aun en casos en los cuales no se está dando cumplimiento a una sentencia de la Corte IDH. Por ejemplo, para determinar que la Constitución Federal establece un derecho penal de acto²⁰ o el alcance del derecho al nombre.²¹

Como se adelantaba, la incorporación del principio *pro persona* ha tenido un fuerte impacto en la tarea de los tribunales, los cuales han interpretado el alcance del párrafo segundo del artículo 1.^º de la Constitución Federal antes transcrita. En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte ha establecido que cuando haya un derecho humano previsto en la Constitución Federal y en un tratado internacional, deberá prevalecer el que tenga mayor alcance, en aplicación del principio *pro persona*.²²

También es importante notar que esta reforma ha sido el catalizador para que se reconozcan los derechos de las víctimas de delitos, en consonancia con los criterios de la Corte IDH. Así, un tribunal colegiado ha permitido, con base en criterios de derecho internacional, que la persona ofendida o víctima de un delito interponga un amparo cuando se niega la orden de aprehensión por un juez, al reconocer que hay un interés jurídico, por lo menos en obtener la reparación del daño.²³ Otro tribunal colegiado ha señalado que la suplencia de la queja en materia penal es violatoria de la igualdad procesal de las partes y perjudica a la víctima u ofendido del delito, por lo que, siguiendo

del orden jurídico mexicano, 10.^a época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, registro 2000084.

²⁰ Véase *Derecho penal de acto. Razones por las cuales la constitución política de los estados unidos mexicanos se decanta por dicho paradigma (interpretación sistemática de los artículos 1.^º, 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo)*, 10.^a época, Primera Sala, registro 160 694.

²¹ Véase *Derecho humano al nombre. Su sentido y alcance a partir de la constitución política de los estados unidos mexicanos y a la luz de los tratados internacionales*, 10.^a época, Primera Sala, registro 20 000 213.

²² Véase *Principio pro persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable*, 10.^a época, Primera Sala, registro 20 000 126; véase también *Principio pro personae. El contenido y alcance de los derechos humanos deben analizarse a partir de aquél*, 10.^a época, Primera Sala, registro 20 000 263. En este mismo sentido se ha interpretado el principio de progresividad, también previsto en la Constitución Federal al respecto: *Progresividad. Cómo debe interpretarse dicho principio por las autoridades a partir de la reforma que sufrió el artículo 1.^º de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011*, 10.^a época, Cuarto Tribunal Colegiado del Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, registro 2000 129.

²³ Véase *Ofendido o víctima del delito. Conforme a la Constitución General de la República, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tiene interés jurídico para promover el juicio de amparo contra la resolución de la sala que confirma la negativa de la orden de aprehensión, al tener la expectativa legal de que se le repare el daño y un interés directo en que se le respete su derecho humano de igualdad procesal*, 10.^a época, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, registro 20 000 403.

una interpretación conforme, ha determinado que los artículos relevantes de la Ley de Amparo se deben inaplicar.²⁴

4. Acceso a las averiguaciones previas relacionadas con graves violaciones a derechos humanos y crímenes internacionales

Por otra parte, hay criterios emitidos por la Suprema Corte que, si bien no están vinculados estrictamente al tema del cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, auxilian a verificar que se cumpla con esta obligación internacional. El artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece que ciertas investigaciones, como las realizadas en la comprobación de los delitos, tienen el carácter de reservadas, por lo que no es posible acceder a ellas. Sin embargo, prevé la siguiente excepción:

No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad.

Aunque esta disposición parece ser lo suficientemente clara, en el caso *Radilla* el Gobierno Federal se rehusaba a entregar información derivada de la averiguación previa por el delito de desaparición forzada de personas que fue objeto de la sentencia de la Corte IDH. Sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte confirmó que las averiguaciones previas derivadas de graves violaciones a los derechos humanos y la comisión de crímenes internacionales son la excepción a esta regla. El argumento central fue el siguiente:

[...] el derecho de acceso a la información es la base para que los gobernados ejerzan un control sobre el funcionamiento institucional de los poderes públicos, por lo cual se perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo de la información y, por ende, como una exigencia social de todo Estado de Derecho. En virtud de lo anterior, cobra una especial relevancia la necesidad de permitir el acceso a la información que conste en averiguaciones previas que

²⁴ Véase *Suplencia de la queja en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido en el juicio de amparo en materia penal. Opera conforme al control de convencionalidad (inaplicabilidad del artículo 76 bis, fracción ii, de la ley de amparo y de las tesis 2a. cxxxvii/2002 y 1a./j. 26/2003)*, 10.^a época, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, registro 2 000 290.

investiguen hechos que constituyen graves violaciones a derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, pues estos supuestos no sólo afectan a las víctimas y ofendidos de forma directa por los hechos antijurídicos, sino que ofenden a toda la sociedad, precisamente por su gravedad y por las repercusiones que implican.²⁵

La Primera Sala posteriormente afirmó en su jurisprudencia que la desaparición forzada de personas es un delito en el que se violan diversos derechos humanos, siguiendo los criterios de la Corte IDH.²⁶

También, es interesante mencionar que, como este derecho a la información parece estar limitado a aquellas violaciones que se consideren “graves”, la Primera Sala, del mismo modo, se vio en la necesidad de establecer criterios para cuando se da esta situación. Para ello empleó criterios cuantitativos y cualitativos, destacando que lo importante es determinar la “trascendencia social” del fenómeno. Citando nuevamente a la Corte IDH, señaló que se debe comprobar “multiplicidad de violaciones comprendidas dentro del fenómeno delictivo; especial magnitud de las violaciones en relación a la naturaleza de los derechos afectados; y una participación importante del Estado, al ser los actos cometidos por agentes estatales o con la aquiescencia, tolerancia o apoyo del Estado.”²⁷

Por otro lado, determinó que para establecer cuáles son los crímenes de lesa humanidad la Primera Sala se remitió al título tercero del Código Penal Federal, en el cual se contemplan diversos delitos contra la humanidad y el genocidio. Asimismo, se refirió al artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.²⁸

Esta excepción confirmada por la Suprema Corte es de gran importancia, precisamente porque, como mencionó la propia Primera Sala, permite verificar hasta qué punto las sentencias de la Corte IDH se han cumplido. No obstante, existen algunas limitaciones. En primer término, solamente las violaciones “graves a derechos humanos” están sujetas a esta excepción, lo que implica que puede haber casos en que se mantenga el sigilo

²⁵ Derecho a la información. Acceso a las averiguaciones previas que investiguen hechos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad, 10.^a época, Primera Sala, registro 2000 212.

²⁶ Desaparición forzada de personas. Los hechos constitutivos de este delito son violaciones graves a los derechos humanos para efectos del derecho de acceso a la información de la averiguación previa que los investiga, 10.^a época, Primera Sala, registro 2000 219.

²⁷ Violaciones graves a derechos humanos. Su concepto para efectos del derecho de acceso a la información de la averiguación previa que las investiga, 10.^a época, Primera Sala, registro 2000 296.

²⁸ Véase Delitos o crímenes de lesa humanidad. Su concepto para efectos del derecho de acceso a la información de la averiguación previa que los investiga, 10.^a época, Primera Sala, registro 2000 209.

en las investigaciones. Aun así, en casos de tortura y desaparición forzada de personas es difícil que se pueda negar la información, precisamente porque en todos ellos se puede sustentar la “trascendencia social”. Adicionalmente, para efectos del presente estudio, se puede también afirmar que en todos los casos en los cuales la Corte IDH ordene iniciar una indagación penal se estará ante una violación grave y, consecuentemente, se podrá invocar esta excepción.

Quizá la situación es aún más preocupante en materia de crímenes contra la humanidad, ya que la Primera Sala empleó este criterio de forma muy estricta. Mucho se ha criticado el Código Penal Federal porque no prevé todos los crímenes de lesa humanidad que se pudieran dar. Por ejemplo, la tortura se encuentra en una ley especial; en consecuencia, aplicando estrictamente este criterio, no se estaría frente a un crimen de lesa humanidad. La referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional no ayuda a solventar esta laguna, pues la propia Primera Sala exige que se verifiquen los elementos contextuales para que se pueda obtener información sobre estas averiguaciones previas. Sobra decir que los crímenes de guerra, que tienen la misma “trascendencia social”, también han quedado excluidos de la ley y de la jurisprudencia de la Suprema Corte.

5. Tipo penal de desaparición forzada de personas

En el caso *Rosendo Radilla* la Corte IDH consideró que el actual tipo penal federal de desaparición forzada de personas contiene un sujeto activo calificado que hace posible solamente sancionar a los “servidores públicos” que cometan este delito, mientras que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas es más amplia pues incluye a particulares que “actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”.²⁹ De tal forma, se deja una laguna muy amplia que permite generar impunidad y que constituye un obstáculo para cumplir con la obligación de investigar y eventualmente sancionar a los responsables de la comisión de este delito.³⁰

El tipo penal previsto en el artículo 215-A del Código Penal Federal señala lo siguiente:

²⁹ Véase Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit., § 320-322.

³⁰ Ibídem, § 324.

Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

El Estado mexicano argumentó que el artículo 212 del mismo código señala que “se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente”. Así se llenaba la laguna indicada por la Corte IDH, pues es posible sancionar a los particulares con base en esta hipótesis normativa.³¹ Sin embargo, esta consideró que la remisión era confusa y que no necesariamente implicaba sancionar a las personas que no fueran agentes del Estado.

En respuesta a la sentencia de la Corte IDH se han presentado dos iniciativas de ley en materia de desaparición forzada de personas. Ninguna de las dos propuestas legislativas se ha aprobado, por lo que en estricto sentido no ha habido un cumplimiento de dicha sentencia; sin embargo, es útil revisarlas para ver si se contempla la posibilidad de investigar y sancionar a particulares como indicó la sentencia del caso *Radilla*.

La primera iniciativa de ley propone reformar el artículo 215-A para incluir un párrafo adicional que establezca:

Lo dispuesto en el párrafo anterior, también podrá ser cometido por un particular cuando actúe por orden, consentimiento o apoyo de un servidor público.³²

Adicionalmente se reforma el artículo 215-B, que prevé las punibilidades, estableciendo una pena de 10 a 25 años de prisión cuando la persona sea particular y de 15 a 50 si se trata de servidor público.³³ Cabe notar que la Corte IDH ya analizó este tipo penal y lo ha considerado compatible con la sentencia condenatoria. En consecuencia solamente faltaría culminar el proceso legislativo.³⁴

³¹ Ibídem, § 323.

³² Véase *Iniciativa de decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código de Justicia Militar, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados*, del 18 de octubre de 2010, p. 45. Texto de la iniciativa disponible en: <<http://www.presidencia.gob.mx/documentos/iniciativas/Fuero-militar.pdf>> (9.11.2012).

³³ Ibídem.

³⁴ Véase Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 19 mayo 2011, § 28.

No obstante, hay otra iniciativa interesante que pretende emitir una ley especial para la materia, como es el caso de la tortura. Se denominaría Ley Federal para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Desaparición Forzada de Personas. Su artículo 3.^º establece el tipo penal en los siguientes términos:

Comete el delito de desaparición forzada de personas, cualquier servidor público federal, que prive de la libertad y mantenga oculta a una o más personas, cualquiera que sea el método o motivación utilizados, sustrayendo a la víctima de la protección de la ley, independientemente de que el acto que originó la detención sea legal.

También comete el delito de desaparición forzada de personas, el particular o los particulares que por orden, autorización, o con el apoyo o aquiescencia de cualquier servidor público, realice o participen en cualquiera de los actos descritos en esta ley.

Como se puede ver, el segundo párrafo está diseñado para darle cumplimiento a la sentencia del caso *Radilla*, al establecer más allá de cualquier duda la responsabilidad penal de los particulares. Incluso es una versión más apegada al texto de la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas, por cuanto usa los mismos términos que se emplean en el tratado.

Al tratarse de una ley especial se contemplan diversas disposiciones: formas de autoría y participación, que incluyen una especie de responsabilidad del superior jerárquico (artículo 10), la mención de que se trata de un crimen de lesa humanidad (artículo 1), atenuantes (artículo 5) y agravantes (artículo 6), entre otras disposiciones de interés. Sin embargo, para efectos de este estudio es importante mencionar que prevé en su artículo 34 una norma que procura eliminar las diferencias entre el derecho internacional y el interno, al establecer lo siguiente:

Para la eficacia de esta ley serán aplicables las leyes, criterios jurisprudenciales y resoluciones que se deriven de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano.

6. Restricción de la competencia de los tribunales militares

En el caso *Radilla*, también se señaló que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es demasiado amplio y ambiguo, pues permite que se procesen ante los tribunales castrenses delitos que no son estrictamente violatorios de la disciplina militar. Como

se vio en el apartado anterior, la Suprema Corte ha intentado restringir el alcance de esta disposición a través de una interpretación convencional. Sin embargo, la Corte IDH exigió cambios legislativos en la materia, de conformidad con el carácter restrictivo de esta jurisdicción.³⁵ Esta obligación se reiteró al poco tiempo en los casos de *Fernández Ortega*³⁶ y *Rosendo Cantú*.³⁷

Al respecto existen tres iniciativas de reforma al Código de Justicia Militar. La primera propuesta, presentada por la Secretaría de Gobernación en representación del presidente de la República, añadiría dos párrafos al artículo 57, fracción II, inciso *a*, del Código de Justicia Militar. El primero, que es el relevante para el presente tema, señala:

Los delitos de Desaparición Forzada de Personas, Violación y Tortura, previstos en los artículos 215-A, 265 y 266 del Código Penal Federal, así como 3 y 5 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, cometidos en agravio de personas civiles, serán competencia de los Tribunales del Fuero Federal.

Esta propuesta es claramente parcial, pues no retoma totalmente lo señalado por la Corte IDH. En la sentencia se señala que se debe restringir la competencia de los tribunales militares en términos generales a fin de que estos solamente tengan competencia para conocer de delitos contra la disciplina militar. Lo que esta iniciativa pretende es reducir el mandato de la Corte IDH a la *litis* planteada en los casos particulares —es decir, desaparición forzada de personas, violación y tortura—, sin considerar que hay una enorme cantidad de conductas adicionales que no están relacionadas con la disciplina militar y que se deben excluir igualmente de la competencia de los tribunales militares. Incluso podrían mencionarse violaciones a derechos humanos como las ejecuciones extrajudiciales. En este sentido se pronunció la propia Corte IDH al revisar el cumplimiento de la sentencia.³⁸

También es incompleta la reforma propuesta ya que solamente se excluye la competencia militar cuando estos tres delitos son cometidos contra civiles, por lo que todavía se conservaría la competencia cuando la víctima fuera militar. Este aspecto tampoco

³⁵ Véase Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit. § 342.

³⁶ Véase Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros contra México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, n.º 215, § 179.

³⁷ Véase Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra contra México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, n.º 216, § 163.

³⁸ Véase Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, supervisión de cumplimiento de sentencia, cit., § 21

implicaría un cumplimiento completo de la sentencia, pues el referente para sustentar la competencia militar es el delito, que es el reflejo del bien jurídico tutelado,³⁹ y este no depende de la calidad de la víctima, como hace suponer la reforma propuesta. En otras palabras, una violación cometida contra un militar sería una falta a la disciplina militar, pero no así cuando se cometiera contra un civil, debido a que el bien jurídico cambiaría. Esto es un sinsentido. En realidad, el acatar la sentencia implicaría solamente dejar dentro de la competencia de los tribunales castrenses aquellos delitos que en estricto sentido vulneran la disciplina militar, que es un bien jurídico tutelado.

Existe también una iniciativa del Partido Acción Nacional que plantea abrogar el actual Código de Justicia Militar y promulgar uno nuevo. La competencia de los tribunales militares se regularía en el artículo 67, que establecería:

ARTÍCULO 67. Son delitos contra la disciplina militar:

I. Los especificados en el Libro Segundo de este Código;

II. Los del orden común o federal, incluyendo los previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que enseguida se expresan:

A. Que sean cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;

B. Que sean cometidos por militares en un buque, aeronave o transporte terrestre perteneciente a las fuerzas armadas, instalaciones militares o punto ocupado militarmente;

C. Que sean cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra;

D. Que sean cometidos por militares frente a tropa formada o ante la Bandera, y

E. Que el delito sea cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I.

En los casos que concurran militares y civiles, solamente los primeros serán juzgados por los tribunales militares.

Como se puede observar, no existe ningún cambio sustancial con respecto a la sentencia del caso *Radilla*: no se limita el fuero militar ni se hace excepción de las violaciones de derechos humanos. Por ello, no se considera una respuesta eficaz al cumplimiento de sentencia. Más aún: si la iniciativa presentada anteriormente no fue aceptada

³⁹ Véase Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit., § 273.

por la Corte IDH, esta, que propone menos cambios, tampoco parece que pueda tener mucho éxito.

Por último, hay una propuesta del Partido de la Revolución Democrática, que en su exposición de motivos aclara que busca restringir la competencia de los tribunales militares a los parámetros constitucionales (los cuales coinciden con los de la Convención Americana de Derechos Humanos). Esta iniciativa de ley simplemente propone derogar los aspectos del artículo 57 del Código de Justicia Militar que remiten al Código Penal Federal y al resto de la jurisdicción ordinaria, de tal forma que su contenido quedaría así:

Son delitos contra la disciplina militar los especificados en el Libro Segundo de este Código.

7. Implementación de un recurso efectivo para impugnar la competencia de los tribunales militares

En los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* se ordenó realizar otra reforma legislativa. En ambos las víctimas trataron de interponer un juicio de amparo para que la autoridad militar no conociera de las violaciones que habían sufrido. Sin embargo, se les negó dicha oportunidad, alegando que las víctimas u ofendidos de los delitos solamente pueden interponer el amparo para impugnar temas de reparación del daño.⁴⁰ La Corte IDH destacó que la participación de la víctima u ofendido en el proceso penal no se limita a la reparación de daño, por lo que se exigió que se promulgaran las reformas necesarias para impugnar la intervención de los tribunales militares y, en general, para permitir una intervención más activa y amplia de las víctimas en los procesos penales.⁴¹

Aunque no hay referencias expresas a esta reforma al juicio de amparo,⁴² se pueden hacer algunas observaciones. En la primera iniciativa de reforma, trascrita líneas arriba,

⁴⁰ Véase Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros contra México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, cit., § 181; Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra contra México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, cit., § 145.

⁴¹ Ibídem, § 183. Esto mismo se alegó en el caso *Radilla*; sin embargo, el cambio legislativo no trascendió al apartado de reparaciones, ni ha sido mencionado en las resoluciones de supervisión de cumplimiento.

⁴² Resulta interesante ver que, aunque en el *dictum* de la sentencia del caso *Radilla* se hace mención a esta limitante del sistema jurídico mexicano, ella no trascendió a la parte resolutiva, y en la sentencia de supervisión de cumplimiento la Corte IDH se negó expresamente a pronunciarse al respecto. Véase Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit., § 292, 298. Véase también Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, supervisión de cumplimiento, cit. § 23.

se pretende añadir un párrafo adicional al artículo 57 del Código de Justicia Militar que señalaría:

Cuando de las diligencias practicadas en la investigación de un delito, se desprenda la probable comisión de alguno de los contemplados en el párrafo anterior, inmediatamente el Ministerio Público Militar deberá, a través del acuerdo respectivo, desglosar la averiguación previa correspondiente precisando las constancias o las actuaciones realizadas y remitirla al Ministerio Público de la Federación. Las actuaciones que formen parte del desglose no perderán su validez, aun cuando en su realización se haya aplicado este Código y con posterioridad el Código Federal de Procedimientos Penales.

Esta propuesta no parece cumplir con las exigencias de la Corte IDH, principalmente por dos razones. En primer término, se propone dejar un desglose en el fuero militar, lo cual implica que no se declina competencia en favor de los tribunales civiles, dado que podrían continuar las diligencias de investigación ante el agente del ministerio público militar. En resumen, esto no implica que se cierre la causa militar, sino que se puede seguir en ambos fueros. El segundo aspecto resultaría igualmente grave, pues se propone que las actuaciones del Ministerio Público Militar conserven su validez ante las autoridades civiles, independientemente de que se hayan realizado ante una autoridad incompetente. Además de darle validez a lo actuado por una autoridad que en estricto sentido no tenía facultades para investigar, se le obliga al Ministerio Público (civil) a reconocer estas diligencias, sin la posibilidad de desarrollar las propias.

Del otro lado del espectro, está la propuesta del Partido de la Revolución Democrática, que en lo conducente establece:

ARTÍCULO 435. Previa declinación de la jurisdicción ordinaria, la facultad de declarar que un hecho es o no delito del fuero de guerra, corresponde exclusivamente a los tribunales militares. A ellos toca también declarar la inocencia o culpabilidad de las personas y aplicar las penas que las leyes señalen.

Este nuevo artículo podría tener mayores posibilidades de éxito, dado que les da preferencia a las autoridades civiles en la investigación y persecución de los delitos. La frase con la que empieza esta norma tiene dos efectos. En primer lugar, se puede inferir que la regla general será que los procesos penales se lleven por la vía civil y solamente de forma excepcional se pueda turnar el expediente al fuero militar. En segundo lugar, si la

autoridad civil afirma su competencia, la militar ya no tendrá oportunidad de pronunciarse sobre la suya, por lo que nunca tendrá la oportunidad legal de pronunciarse sobre el tema. El inconveniente es que esta reforma no establece mecanismos de impugnación, como señaló la Corte IDH, aunque en estricto sentido dicho mecanismo no es materia del Código de Justicia Militar, sino de la Ley de Amparo. Sin embargo, en el proyecto de nueva Ley de Amparo que está pendiente de publicación no aparece ninguna mención a la participación de las víctimas u ofendidos en el juicio de amparo, más allá de los temas de reparación que se encuentran vigentes.⁴³

8. Inicio de investigaciones criminales (averiguaciones previas) y otras sanciones⁴⁴

En México se han abierto diversas averiguaciones previas para responder a la obligación internacional de investigar, procesar y, en su caso, sancionar a quienes cometen violaciones a derechos humanos. Claro, como una consecuencia de lo expuesto hasta aquí es importante destacar que estas indagaciones se deben realizar en la jurisdicción civil.

En diversas ocasiones el Estado ha informado sobre las diligencias que ha realizado en las averiguaciones previas que se han abierto como consecuencia de las sentencias de la Corte IDH. Es preciso notar que ninguna se ha concluido.

Solamente en el caso *Radilla* la Corte IDH se ha pronunciado sobre el avance de la averiguación previa correspondiente. Al respecto, la conclusión preliminar no fue nada alentadora para el Estado mexicano, pues se reconoció que se han realizado algunas diligencias en la investigación de la desaparición forzada de *Rosendo Radilla*, pero que de la información presentada por el Estado no se desprende que estas hayan tenido consecuencias para la averiguación de los hechos. Por lo tanto:

[...] es necesario que el Estado presente información actualizada, detallada y completa sobre la totalidad de las acciones adelantadas en relación con los hechos del presente caso, de

⁴³ No obstante, en el informe presentado a través de la solicitud de información realizada a la Secretaría de Gobernación se menciona que estas reformas dan cumplimiento cabal a la sentencia de la Corte IDH.

⁴⁴ La información presentada en este apartado fue obtenida mayoritariamente a través del sistema de transparencia y acceso a la información. Los oficios de respuesta se pueden consultar en *Crimen y castigo [internacional]*, <www.sayfismos.blogspot.mx> (9.11.2012).

manera tal que la Corte pueda verificar que se están llevando a cabo conforme al propósito que tiene esta medida de reparación.⁴⁵

Igualmente, la Corte IDH consideró incompatible con la sentencia dictada que se les haya impedido a los familiares y representantes de las víctimas acceder a la averiguación previa y estar presentes en algunas diligencias; por ejemplo, en la consulta de registros de peatones.⁴⁶ Como se vio líneas arriba, fue el Poder Judicial el que solventó esta cuestión (aunque fuera parcialmente), vía el sistema de transparencia y acceso a la información, pues ya se permite conocer estos casos.

Sobre las demás sentencias la Corte IDH no se ha pronunciado. No obstante, hay varios informes del Estado que guardan diversas averiguaciones previas. En los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* el estado de Guerrero informó que los agentes del Ministerio Público que declinaron competencia en favor del fuero militar fueron destituidos después de un procedimiento administrativo que se llevó en su contra. Igualmente, se les inició una averiguación previa por delitos contra la administración de justicia. Sin embargo, no se proporcionó información relacionada con el inicio de una investigación a causa de la violación cometida por los militares.⁴⁷

En el caso *Campo algodonero*, la Secretaría de Gobernación, a través de la Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (CONAVIM) reportó que en el estado de Chihuahua se han llevado a cabo diversas diligencias para continuar con la investigación de los homicidios de las tres mujeres que motivaron este caso ante la Corte IDH. Sin embargo, estas diligencias no han llevado todavía al inicio de un proceso penal.

Por su parte, el estado de Chihuahua también reportó que no fue posible sancionar por la vía administrativa a las personas responsables de las irregularidades durante el pro-

⁴⁵ Corte IDH, caso *Radilla Pacheco contra México*, supervisión de cumplimiento, cit. § 10.

⁴⁶ Ibídem, § 11.

⁴⁷ Cabe mencionar al respecto que el Estado mexicano presentó sendas aclaraciones de sentencia que fueron desechadas por la Corte IDH, en las que se señaló en esencia que dicho tribunal había actuado como un tribunal penal al prejuzgar sobre la responsabilidad penal de miembros de las fuerzas armadas y al pronunciarse sobre la comisión de delitos de "violencia sexual". Todo lo anterior, además, en vulneración de la presunción de inocencia. Véase Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otro contra México*, interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de mayo de 2011, serie C, n.º 224, y Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otras contra México*, interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de mayo de 2011, serie C, n.º 225.

ceso penal que fue objeto de violaciones a derechos humanos, ya fuera porque dejaron de laborar en la Fiscalía General del Estado o porque las faltas ya habían prescrito.

También se ha informado que se inició una averiguación previa por tortura en contra de las víctimas del caso *Campesinos ecologistas*,⁴⁸ pero no se aportaron detalles adicionales.

9. Implementación de protocolos de investigación y otros mecanismos para hacer eficientes las investigaciones penales⁴⁹

Otro grupo de obligaciones que le corresponden al Poder Ejecutivo es la implementación de medidas para una investigación más efectiva de los delitos. En concreto, a raíz del caso *Campo algodonero* se estableció la obligación de fortalecer el Protocolo Alba. Este es una red de cooperación entre diversas instancias de seguridad pública y procuración de justicia para implementar una búsqueda inmediata en cuanto se reporte la desaparición de una mujer o niña en el territorio mexicano. Este mecanismo no había sido efectivo dado que no había acciones de prevención, las búsquedas no eran inmediatas y los operativos se desmantelaban aunque la persona no fuera encontrada. Según el gobierno federal, estas adecuaciones ya se han realizado; sin embargo, aún no se tiene acceso a ellas para verificar si se ha dado cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH.⁵⁰

Como derivado de este mismo caso, se obligó al Estado mexicano a implementar un mecanismo para estandarizar los protocolos de averiguación, manuales operativos y criterios ministeriales en los casos de desapariciones, violencia sexual, homicidio de mujeres, con perspectiva de género. Dicha obligación ha culminado con la elaboración del documento *Lineamientos de investigación para la estandarización de las investigaciones de los delitos relacionados con desapariciones de mujeres, del delito de violación de mujeres y*

⁴⁸ Véase Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220.

⁴⁹ La información presentada en este apartado fue obtenida mayoritariamente a través del sistema de transparencia y acceso a la información. Los oficios de respuesta se pueden consultar en *Crimen y castigo [internacional]*, [www.sayfismos.blogspot.mx](http://sayfismos.blogspot.mx) (9/11/2012)

⁵⁰ Si bien no se puede acceder al texto original, se encuentra disponible una versión gráfica de la “ruta crítica” a seguir conforme al protocolo, disponible en: *Ruta crítica. Protocolo Alba*, <http://fiscalia.chihuahua.gob.mx/pdf/reporter/rutacritica.pdf> (9.11.2012).

del delito de homicidio de mujeres por razones de género. Este fue puesto en circulación en las diversas entidades federativas para observaciones y comentarios.

De forma unilateral, el estado de Chihuahua adoptó el Protocolo para la Toma de Muestras Biológicas e Identificación de Genética Humana. Este pretende identificar de manera rápida y efectiva a las víctimas de violencia contra las mujeres como una herramienta más para resolver los delitos cometidos por motivos de género. Sin embargo, al igual que con los mecanismos anteriores, el Estado mexicano solamente reporta estos avances, pero no ha sido posible verificar si ellos cumplen con los estándares de la Corte IDH (aunque obviamente el Estado señala que sí).

Con base en el caso *Campesinos ecologistas*, la Corte IDH ordenó al Estado mexicano mejorar los sistemas de identificación de las personas detenidas, como un mecanismo para combatir de forma más eficiente las prácticas de tortura.⁵¹ Aunque se reconoció que dicho mecanismo ya existe en México, ordenó se realizaran las siguientes adecuaciones:

Teniendo en cuenta lo expuesto, la Corte considera que, en el marco del registro de detención que actualmente existe en México, es procedente adoptar las siguientes medidas complementarias para fortalecer el funcionamiento y utilidad de dicho sistema: i) actualización permanente; ii) interconexión de la base de datos de dicho registro con las demás existentes, de manera que se genere una red que permita identificar fácilmente el paradero de las personas detenidas; iii) garantizar que dicho registro respete las exigencias de acceso a la información y privacidad, y iv) implementar un mecanismo de control para que las autoridades no incumplan con llevar al día este registro.⁵²

Al respecto, el gobierno federal destaca que se han publicado reformas a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que establece el Centro Nacional de Información. Una de las obligaciones de este Centro es llevar el Registro de Administrativo de detenciones. Todas las corporaciones policiales tienen la obligación de llenar un formato denominado *Informe policial homologado*, mismo que se remite al Centro Nacional de Información para llenar la base de datos de las personas detenidas.

En principio pudiera suponerse que en este rubro hay cumplimiento parcial del Estado mexicano. El *Informe policial homologado* permite una actualización permanente,

⁵¹ Véase Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, cit., § 243.

⁵² Ibídem.

que se concentra en una misma área (el Centro Nacional de Información) y evita la necesidad de redes como marca la Corte IDH. La propia Ley, en su artículo 115, señala que solamente las autoridades que estén realizando la investigación criminal y las propias personas detenidas pueden tener acceso a la base de datos, lo cual garantizaría la privacidad, aunque nada se dice de la forma en la que las personas investigadas pueden acceder. Igualmente, el control de la información que contiene esta base de datos puede ser contraproducente si no se les permite el acceso a los familiares o defensores, precisamente para verificar el lugar donde está detenida la persona. Esto podría ser crucial para impedir incomunicaciones y, por ende, otros casos de tortura. Finalmente, el artículo 166 dispone que se sancionará a los funcionarios públicos que hagan mal uso de la información del registro, y el 138 establece las sanciones por no proporcionar la información requerida, pero no se implementa un mecanismo de verificación como el señalado en la sentencia de la Corte IDH.

10. Conclusiones

En cuestiones relacionadas con la materia penal, los estándares del Estado mexicano para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH no son aceptables.⁵³ Se puede observar que en los asuntos que implican cambios estructurales, como los cambios legislativos, hay reticencia por parte del Estado. Las propuestas legislativas se encuentran muy apartadas de los aspectos a los que condenó dicho tribunal. Adicionalmente, estas iniciativas de reforma han sido objeto de una parálisis legislativa, pues ninguno de los cambios propuestos se ha promulgado. Quizá existe más avance en materia de elaboración de protocolos, manuales y criterios para la investigación de los delitos, dado que para su implementación no es necesario modificar una ley. Esto significa que dentro del ámbito de actuación del Ejecutivo (federal o estatal) pueden realizarse estos cambios sin que ello implique someterlos al escrutinio del legislador. Evitar ese ejercicio político

⁵³ En el cuerpo del trabajo no se documentó por estimar que no contribuía al reporte presentado, pero el Estado mexicano presentó dos aclaraciones de sentencia, correspondientes a los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, que son tan notoriamente improcedentes que claramente se puede decir que constituyen tácticas dilatorias o evasivas para cumplir con las sentencias de la Corte IDH. Al respecto, véase Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros contra México*, interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, cit., y Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otras contra México*, interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, cit.

parece facilitar las cosas, aunque la Corte IDH no se ha pronunciado en cuanto al fondo. Es decir, los instrumentos existen, pero si en su contenido se da cabal observancia a tales sentencias no es algo que se haya podido verificar.

A pesar que el inicio de las averiguaciones previas implica la actuación dentro del ámbito competencial del Ejecutivo, no parece haber mayores avances al respecto. En el caso *Radilla*, la Corte IDH mostró insatisfacción en las diligencias realizadas hasta ese momento. Igualmente, en los demás casos, el Estado mexicano tiende a mostrar una gran cantidad de diligencias realizadas por los agentes ministeriales; sin embargo, tampoco estas muestran algún tipo de conclusión. No se han librado órdenes de aprehensión ni se ha decretado el no ejercicio de la acción penal.

En todo caso, puede haber más avances en el ámbito del Poder Judicial. Establecer el control de convencionalidad y restringir jurisprudencialmente el alcance de la competencia de los tribunales militares bien se podría considerar el avance más concreto y progresista por parte del Estado mexicano. Es importante reconocer que estas disposiciones de la Suprema Corte son obligatorias para todos los tribunales nacionales; por lo tanto, conviene no adelantar conclusiones hasta estar en condiciones de analizar la aplicación de estos criterios en las demás instancias judiciales y ver cómo se desarrolla.

En términos generales vale la pena destacar algunas conclusiones adicionales. La parálisis legislativa que se mencionaba evidencia que hay más dificultad en dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH cuando intervienen dos o más poderes de gobierno. Dicho en sentido contrario, cuando le corresponde a un solo poder no parece haber muchos obstáculos, como en el caso de las reparaciones monetarias, erigir monumentos o cambiar los criterios interpretativos.

El único caso en el cual las actividades de un solo poder se ven entorpecidas es el de los procesos penales. Iniciar investigaciones penales o averiguaciones previas no se considera un problema; sin embargo, realizar las actuaciones que permitan armar un proceso de forma eficaz resulta complicado y no se informa de muchos avances.

Estas dificultades se reportan tanto en el ámbito federal como en los estados. No parece haber evidencia de que en las entidades federativas haya más reticencia a acatar las sentencias de la Corte IDH. Esto no implica concluir que el cumplimiento es completo en estos niveles de gobierno, sino simplemente que la organización federativa no aparenta ser un obstáculo en sí mismo, como podría pensarse.

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LA CORTE Y DE LA COMISIÓN INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PARAGUAYO

César Alfonso Larangeira

RESUMEN. Los órganos interamericanos han tomado decisiones contra el Paraguay con influencia en materia penal y procesal penal. Algunas han influido o pretenden influir en la configuración del sistema jurídico penal paraguayo, en casos judiciales concretos, y algunas han determinado cambios para la formación de las fuerzas de seguridad. El presente trabajo busca informar sobre el valor de estas decisiones en el ámbito interno, su grado de cumplimiento, así como sobre las dificultades para cumplirlas.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia interamericana, decisiones de órganos interamericanos, cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, recomendaciones de la Com IDH, Comisión Interinstitucional Ejecutiva.

ABSTRACT. The Inter-American bodies have ruled against Paraguay in decisions which affect the country's criminal law and criminal procedure. Some of them have sought to influence the structure of the Paraguayan criminal justice system, in specific cases brought before it, and others have called for changes in the training of military and police personnel. This paper aims to provide information about the value of these decisions in the domestic setting, the degree of compliance with them, as well as the difficulties for compliance.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, Inter-American case law, decisions of the Inter-American bodies, compliance with the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, IACtHR recommendations, Inter-institutional Executive Commission.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Organe des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte haben mehrere straf- und strafprozessrechtlich relevante Entscheidungen gegen Paraguay getroffen. Einige dieser Entscheidungen

zielen auf Veränderungen im Strafrecht Paraguays und haben auch in Einzelfällen tatsächlich Veränderungen bewirkt. Andere Entscheidungen hatten Auswirkungen auf die Ausbildung der Sicherheitskräfte. Der vorliegende Beitrag will über die Bedeutung dieser Entscheidungen im innerstaatlichen Kontext, den Grad ihrer Umsetzung und die dabei auftretenden Schwierigkeiten informieren. Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia interamericana, decisiones de órganos interamericanos, cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, recomendaciones de la Com IDH, Comisión Interinstitucional Ejecutiva.

Schlagwörter: Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, interamerikanische Rechtsprechung, Entscheidungen der interamerikanischen Organe, Umsetzung der Urteile des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Empfehlungen der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte, interinstitutionelle Kommission zur Entscheidungsumsetzung.

1. Introducción

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce derechos civiles y políticos (capítulo II), así como derechos económicos, sociales y culturales (capítulo II), que los Estados partes se comprometen a respetar (artículo 1.1).

Para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados en el marco de la CADH son competentes la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).¹

Objeto del presente trabajo es informar sobre el cumplimiento en la República del Paraguay de las recomendaciones y las decisiones de los órganos interamericanos mencionados, con influencia en materia penal y procesal penal.

2. Valor de las decisiones de los órganos interamericanos en el ámbito interno

El valor de las decisiones de los órganos interamericanos en el ámbito interno se rige por las disposiciones de la CADH a este respecto. No existen disposiciones constitucionales o legales que regulen esta materia de una manera diferente.

¹ Artículo 33 CADH.

Al regir las disposiciones de la CADH, las resoluciones de la Corte IDH recaídas en los procesos contenciosos en los que Paraguay es parte son de cumplimiento obligatorio, mientras que las decisiones en el marco de su competencia consultiva y las recomendaciones de la Com IDH no poseen carácter vinculante.

En el año 2009, el Poder Ejecutivo creó una comisión con el propósito de allanar obstáculos para el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos.² En la motivación del decreto se habla de la necesidad de contar con un órgano de esta naturaleza, porque el Paraguay ha tomado la decisión de ratificar la CADH.

Parece asumirse también la obligación de cumplimiento de las recomendaciones de la Com IDH y las decisiones de la Corte IDH en el marco de su competencia consultiva. No obstante, al observar la regulación de las funciones de la Comisión Interinstitucional Ejecutiva (CIE), puede apreciarse que aquellas se establecen como meras facultades.

Los tratados internacionales en general y la CADH en particular ocupan un segundo lugar en el orden de prelación de las leyes (artículo 137 CN). Para su incorporación al ordenamiento jurídico interno es necesario el dictado de una ley de ratificación por el Congreso Nacional y el posterior canje o depósito de los instrumentos de ratificación (artículo 141 CN).

La CADH ha sido ratificada por la ley 1/89 del Congreso Nacional y los instrumentos de ratificación han sido oportunamente depositados. La jurisdicción contenciosa de la Corte IDH fue aceptada el 24 de marzo de 1993.³

Según el orden de prelación antes mencionado, la CADH posee un rango, por un lado, infraconstitucional y, por otro, supralegal; es decir, se ubica por debajo de las normas constitucionales pero por encima de todas las demás disposiciones internas (leyes dictadas por el Congreso y la otras disposiciones sancionadas en su consecuencia, como es el caso del decreto de creación de la CIE, antes citado).⁴

Ante una contrariedad entre disposiciones de una ley nacional y de un tratado, carecerían de validez las primeras. Ante el mismo fenómeno entre una disposición constitucional y la disposición de un tratado, carecería de validez esta última. El texto cons-

² Decreto del Poder Ejecutivo 1595, de 26 de febrero de 2009.

³ Cf. Artículo 68 1 CADH

⁴ Soledad Villagra: "La Constitución paraguaya y algunas conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales", en Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude (comp.): *Comentario a la Constitución*, Asunción: Litocolor, 2002, tomo 2, pp. 226-227.

titucional no expresa criterio alguno para la solución de una eventual contrariedad entre disposiciones de dos tratados.

Una posición en la literatura nacional especializada quiere derivar de la previsión del trámite de la enmienda constitucional para la denuncia de los tratados de derechos humanos una jerarquía “cuasiconstitucional” para este tipo de tratados.⁵

La denuncia de los tratados internacionales, en general, se rige por el proceso ordinario de formación y sanción de leyes, pero para la denuncia de tratados relativos a derechos humanos se ha previsto el mismo procedimiento que rige para la enmienda constitucional (artículos 142 y 290 CN).

En comparación con el procedimiento ordinario, el procedimiento de enmienda constitucional es más complejo; involucra a otras instituciones a más del Congreso Nacional y requiere mayorías calificadas. Esta regulación busca impedir que prospere un (eventual) proyecto sectorial de dejar sin efecto los alcances y las obligaciones que surgen de un instrumento internacional relativo a derechos humanos.⁶

De esta previsión, que fue pensada como una suerte de *obstáculo* para evitar renunciar a este tipo de tratados, se deriva, desde la perspectiva mencionada, el mayor valor de los tratados de derechos humanos. Esta posición ofrecería un criterio de solución para el problema antes planteado, referente a una eventual contradicción entre disposiciones de un tratado *ordinario* y las de uno de derechos humanos.⁷

La regulación constitucional del orden de prelación ha sido criticada en la literatura, por considerarse inconsiguiente con las disposiciones contenidas en los artículos 143, incisos 3 y 5, y 145 CN.⁸

En el artículo 143 CN se establece que el Paraguay acepta el derecho internacional y se ajusta a la protección internacional de los derechos humanos, en tanto que en el artículo 145 CN se admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos.

Se argumenta que no tiene sentido aceptar por un lado el derecho internacional, la protección internacional de los derechos humanos y un orden supranacional, y por otro lado otorgar a los tratados una jerarquía infraconstitucional. Los tratados deberían

⁵ Elodia Almirón: *Aplicación de las resoluciones emanadas de órganos internacionales de derechos humanos y su eficacia en el derecho interno*, Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2009, p. 85.

⁶ Ibídem.

⁷ Ibídem, p. 83.

⁸ Cf. Villagra: o. cit., pp. 228-229.

tener, desde esta perspectiva, por lo menos el mismo rango que las disposiciones constitucionales. Al aceptar un orden jurídico supranacional debería aceptarse incluso su prelación sobre el derecho interno. Si se ha tomado la decisión de ratificar un compromiso internacional, debe estarse a su cumplimiento de buena fe, y no será consecuente alegar argumentos de derecho interno para posteriormente no hacerlo (*pacta sunt servanda*).⁹ El orden de prelación establecido abriría, sin embargo, las puertas a este tipo de argumentación para no cumplir un compromiso de la naturaleza mencionada.

En caso de existir contradicciones entre disposiciones constitucionales y las disposiciones o exigencias de un tratado internacional, se ve como una salida resolver la situación no únicamente con base en el artículo 137 CN, sino considerando las últimas disposiciones citadas (artículos 142, 143 y 145 CN) y sus implicaciones.¹⁰

Para que disposiciones o exigencias de un tratado calificadas como contrarias a disposiciones de la Constitución puedan tener validez, atendiendo al orden de prelación establecido, es preciso realizar una interpretación conforme de la Constitución o reformar o derogar, dado el caso, el artículo constitucional pertinente. Estas vías de acción, se considera, tendrían en cuenta las disposiciones de los artículos 143 incisos 3 y 5, y 145 CN.

Volviendo a la CIE, esta fue creada para ejecutar las “acciones necesarias para el cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte IDH y las recomendaciones de la Com IDH”.¹¹ Según la motivación del decreto, con ello se persigue allanar los obstáculos y garantizar el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos, por medio de su integración con “funcionarios con capacidad de decisión. Se menciona como objetivo el establecer un cronograma de acciones para el cumplimiento y su implementación.

La CIE se encuentra integrada por los ministros del Interior, de Relaciones Exteriores, de Hacienda, de Salud Pública y Bienestar Social, de Justicia y Trabajo, de Educación y Cultura, el procurador general de la República y el ministro secretario general de la Presidencia de la República. La coordinación le corresponde al procurador general de la República, quien debe además brindar soporte técnico y documental a la comisión. Esta cuenta con un Consejo Asesor Consultivo (CAC).¹²

⁹ Ibídem.

¹⁰ Ibídem, pp. 227-228.

¹¹ Decreto del Poder Ejecutivo 1595, de 26 de febrero de 2009.

¹² El CAC se encuentra integrado por un representante de cada una de las siguientes entidades: la Procuraduría General de la República, la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio

La organización y el funcionamiento de la CIE deben determinarse según lo decidido por los miembros. En el decreto de creación se establece la posibilidad de formar equipos de trabajo para el mejor cumplimiento de los objetivos. Asimismo, se prevé la obligación de las entidades de la Administración central, entes descentralizados y empresas públicas de colaborar con la CIE en sus gestiones en general, y en especial se menciona el deber de proveerle información y asistencia.

3. Efectos sobre la legislación

Para analizar la influencia de los órganos interamericanos en general, tienen relevancia práctica solo las recomendaciones de la Com IDH y las decisiones de la Corte IDH en el marco de su competencia contenciosa.¹³ Hasta el presente Paraguay no ha ejercido la facultad de realizar consultas a la Corte IDH de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 CADH.

3.1. Recomendación de adecuación legislativa en materia de hechos punibles contra el honor

La Com IDH ha recomendado una completa adecuación legislativa en materia de delitos contra el honor en el Código Penal de la República del Paraguay (CP).¹⁴ Esta legislación, sancionada en 1997 y con entrada en vigor al siguiente año, representó una

de Justicia y Trabajo, el Ministerio de Educación y Cultura, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, la Secretaría de Emergencia Nacional, la Secretaría de Acción Social, la Secretaría del Ambiente, la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia, el Instituto Nacional del Indígena, y el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra, más un representante de la institución responsable de abastecimiento de agua y servicios sanitarios (ESSAP) y por caso a tratar un representante del peticionario recurrente a la Corte IDH.

¹³ Al presente la Corte IDH ha declarado la responsabilidad del Paraguay por violación a los derechos consagrados en la CADH en siete oportunidades: 1) caso *Ricardo Canese contra Paraguay* (31 de agosto de 2004); 2) caso *Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (2 de septiembre de 2004); 3) caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa contra Paraguay* (17 de junio de 2005); 4) caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay* (29 de marzo de 2006); 5) caso *Goiburú y otros contra Paraguay* (22 de septiembre de 2006); 6) caso *Vargas Areco contra Paraguay* (26 de septiembre de 2006), y 7) caso *Comunidad Indígena Xámok Kásek contra Paraguay* (24 de Agosto de 2010). Para el presente informe tienen especial importancia los dos primeros citados, así como los casos *Goiburú* y *Vargas Areco*.

¹⁴ Véase el informe 27/02, alegatos de la Comisión en: Corte IDH, caso *Ricardo Canese contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, n.º 111, § 10, 72.

modificación sustancial de la legislación penal de fondo en el Paraguay. Este cambio de legislación tenía, entre otras, la finalidad de adecuar el sistema penal a los estándares internacionales relativos a la protección de derechos humanos. Sin embargo, según la óptica de la Com IDH, las disposiciones del capítulo de los delitos contra el honor no cumplen con este objetivo.

El capítulo VII de la parte especial del CP comprende los hechos punibles de *calumnia* (artículo 150 CP), *difamación* (artículo 151 CP), *injuría* (artículo 152 CP) y *denigración de la memoria de un muerto* (artículo 153 CP). La Com IDH se refiere a la necesidad de adecuación de la regulación de las figuras contenidas en los artículos 150, 151 y 152 CP.

Para los casos de difamación e injuria se prevé una eximición de pena: cuando lo afirmado se dirige confidencialmente a una persona allegada, cuando no excede los límites de una crítica aceptable o cuando lo afirmado constituye un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados. Presupuesto para la eximición es que la afirmación sea verdadera, y para acreditar este extremo se admite en estos casos la denominada *prueba de la verdad*.

La Com IDH ha criticado, por un lado, que la eximición de pena no rija para los casos de calumnia.¹⁵ El tipo de calumnia (artículo 150, inciso 1.º, CP)¹⁶ requiere que el autor afirme o divulgue ante terceros en contra de la verdad un hecho referido a otro capaz de lesionar su honor. Los hechos, entendidos como acontecimientos o circunstancias del presente o del pasado que han entrado en la realidad, perceptibles y accesibles a la prueba, deben ser afirmados “en contra de la verdad”, es decir, el contenido fáctico de la afirmación debe no adecuarse a la realidad. En un plano subjetivo, el autor debe tener por seguro que la afirmación es contraria a la verdad, es decir, se requiere que obre con dolo directo de segundo grado respecto a la falsedad de lo afirmado o divulgado.

¹⁵ Ibídem, § 72.o.

¹⁶ “Artículo 150. Calumnia

“1.º El que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o divulgara a un tercero o ante éste un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con multa.

“2.º Cuando el hecho se realizara ante una multitud, mediante la difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3.º, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta dos años o multa.

“3.º En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59”.

Atendiendo a estas características de la calumnia, la crítica no resulta del todo comprensible, pues parece sugerirse considerar una mentira que afecta el honor como un medio lícito para la defensa de intereses.

Otra crítica se refiere a la redacción de la regulación de la eximición de pena. Se afirma que es “poco clara, que incorpora una ponderación entre deberes de averiguación y la defensa del interés público que no permite establecer claramente en qué casos se aplicará la eximente”.¹⁷ Esta ponderación no permitiría un “debate abierto, robusto y desinhibido en una sociedad democrática”. La imposibilidad de determinar con toda certeza si una afirmación es falsa o no podría tener como consecuencia que quien desea expresarse se inhiba de hacerlo.¹⁸ Habría que “establecer sin dudas interpretativas que las expresiones sobre cuestiones de interés público no deben, ni pueden ser penalizadas”.¹⁹

Se sugiere excluir toda valoración de los bienes jurídicos en conflicto, y sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para la defensa de intereses públicos. Esto significaría una derogación de la protección penal del honor de cualquier persona vinculada de alguna manera a la función pública. La Com IDH no ve ningún problema en ello, ya que estima como suficiente reacción (inclusive para casos de calumnia) acciones civiles. Estas prosperarían “siempre que se cumpla con el estándar de la real malicia, es decir, que en la difusión el comunicador tuvo intención de dañar o tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas”.²⁰

Se menciona además que, en la práctica, será el imputado quien deba probar las razones por las que creyó que lo que decía era cierto, lo cual afecta el debate público. El artículo 151, inciso 5.º, CP establece que la prueba de la verdad de la afirmación o divulgación es admitida solo en ciertos casos, lo cual es propio de la doctrina que se conoce como *exceptio veritatis*. La prueba de la verdad, al “no ser un elemento del tipo penal, no le incumbe a quien acusa demostrarla”.²¹

Estas afirmaciones merecen cierta precisión, pero existe un aspecto de la crítica que es atendible. De acuerdo a la tipificación de la calumnia, la contrariedad a la verdad de la afirmación representa un elemento del tipo objetivo. El acusador que pretende la

¹⁷ Corte IDH, caso *Ricardo Canese contra Paraguay*, cit., § 72.o.

¹⁸ Ibídem, § 72.o, p.

¹⁹ Ibídem, § 72.u.

²⁰ Ibídem, § 72.h, r.

²¹ Ibídem, § 72.p, q.

aplicación del tipo de calumnia debe probar, entre otros, el extremo mencionado. Debe demostrar que el hecho afirmado no ocurrió u ocurrió de otra manera, o que un hecho negado ocurrió verdaderamente. En caso de duda respecto a la contrariedad a la verdad de la afirmación o divulgación, o que exista duda de que el autor haya tenido por segura la falsedad, no sería posible una punibilidad según el tipo de calumnia (*in dubio pro reo*). En estos casos la prueba de la verdad le incumbe a quien acusa.

El tipo de difamación tiene en común con el de calumnia el requerimiento de una afirmación o divulgación sobre hechos capaces de lesionar el honor de otro. Una diferencia sustancial entre ambas disposiciones consiste en que en la difamación la contrariedad a la verdad de la afirmación o divulgación no constituye un elemento del tipo objetivo.²²

La prueba de la verdad de los hechos se admite, como se ha mencionado, cuando la afirmación o divulgación es dirigida confidencialmente a una persona allegada o cuando, por su forma y contenido, no exceda los límites de una crítica aceptable, o cuando la afirmación o divulgación constituye un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados (artículos 151, incisos 3.^º, 4.^º y 5.^º, CP).

El acusador deberá demostrar la concurrencia de todos los presupuestos de punibilidad, es decir, deberá acreditar también la falsedad de la afirmación para evitar la aplicación de la eximente.

El problema práctico que se plantea es que de no probarse la falsedad, la afirmación tampoco va a ser considerada verdadera. La persona que afirma un hecho referido a otro que tenga la capacidad de lesionar su honor, según la lógica de la regulación, asume el riesgo de que no sea posible comprobar la verdad de lo afirmado o divulgado.

²² "Artículo 151. Difamación

"1.^º El que afirmara o divulgara, a un tercero o ante éste, un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con ciento ochenta días-multa.

"2.^º Cuando se realizara el hecho ante una multitud o mediante difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3.^º, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta un año o multa.

"3.^º La afirmación o divulgación no será penada cuando sea dirigida confidencialmente a una persona allegada o cuando, por su forma y contenido, no exceda los límites de una crítica aceptable.

"4.^º La afirmación o divulgación no será penada cuando, sopesando los intereses y el deber de averiguación que incumbe al autor de acuerdo con las circunstancias, se tratara de un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados.

"5.^º La prueba de la verdad de la afirmación o divulgación será admitida sólo cuando de ella dependa la aplicación de los incisos 3.^º y 4.^º.

"6.^º En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59".

Ante esta situación el acusador podría *ahorrar* esfuerzos en relación con la prueba de la falsedad de los hechos, lo que trasladaría la carga de la prueba a la defensa del acusado, que estaría siempre interesada en evitar la condena.

El CP tiene como fuente principal el Código Penal alemán —*Strafgesetzbuch* (StGB)—. Con relación a la disposición paralela a la difamación, el § 186 StGB (*Üble Nachrede*, ‘difamación’), se argumenta que la prueba de la verdad no significa una carga probatoria en el proceso para el acusado, ya que el tribunal debe establecer la verdad de oficio (§ 244 II del Código Procesal Penal alemán —*Strafprozessordnung* [StPO]—).²³

De acuerdo al Código Procesal Penal de la República del Paraguay (CPP), la carga de la prueba le corresponde ordinariamente al Ministerio Público, el que debe probar tanto las circunstancia de cargo como de descargo (artículos 53 y 54 CPP). El Ministerio Público no es sin embargo parte en los procesos que tienen por objeto hechos punibles contra el honor de las personas (artículo 17, 72, 422 ss. CPP).

Argumentar que un tribunal en Paraguay tiene un deber con la misma amplitud que el previsto en el artículo 244 II StPO resulta problemático. Si bien se establece, en forma general, que el juez o tribunal debe buscar la verdad (artículo 172 CPP), sus facultades probatorias se regulan de una manera restrictiva en el juicio. Se le otorga la facultad de realizar “pruebas para mejor proveer”, pero en forma excepcional, cuando en el curso de la audiencia surgen hechos nuevos, y se establece además que no debe buscar no reemplazar la actuación de las partes (artículo 394 CPP).

Por su parte, el tipo de injuria abarca los supuestos en que el autor atribuye a otro un hecho capaz de lesionar su honor o un juicio de valor negativo. El punto de distinción con las otras figuras es que la atribución del hecho se realice en presencia de la víctima a más de incluirse las expresiones de juicios de valor.²⁴

²³ Fritjof Haft: *Strafrecht. Besonderer Teil II*, Múnich: Beck, 2005, 8.^a ed., p. 79.

²⁴ Artículo 152. Injuria

“1.^o El que:

“1. atribuya a otro un hecho capaz de lesionar su honor; o

“2. expresara a otro un juicio de valor negativo o a un tercero respecto de aquél,

“será castigado con pena de hasta noventa días-multa.

“2.^o Cuando la injuria se realizara ante un tercero o repetidamente durante tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada hasta ciento ochenta días-multa.

“3.^o En estos casos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 151, incisos 3.^o al 5.^o.

“4.^o En vez de la pena señalada o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59”.

Para supuestos de injuria son aplicables también, en lo pertinente, las regulaciones sobre la prueba de la verdad que rigen para la difamación (artículo 152, inciso 3.º, CP), y vale también en lo pertinente el comentario anterior.

En el marco del caso *Ricardo Canese contra Paraguay*, si bien la Com IDH en sus alegatos solicitó que se ordenara al Paraguay “una completa adecuación legislativa en materia de delitos contra el honor”, la Corte IDH no se pronunció específicamente sobre la necesidad de esta adecuación legislativa y consecuentemente tampoco ordenó al Estado la modificación del derecho interno en el sentido mencionado. El caso *Ricardo Canese contra Paraguay* fue concluido y se ordenó su archivo en fecha 6 de agosto de 2008.²⁵

La tipificación de las figuras mencionadas del capítulo de los hechos punibles contra el honor de las personas del CP no ha variado hasta el presente. Una modificación en este ámbito no fue considerada en la agenda legislativa que concluyó en el 2007 con una importante revisión del CP (ley 3440/07).

3.2. Modificación de los tipos legales de desaparición forzosa y tortura

En la sentencia de 22 de septiembre de 2006, en el marco del juzgamiento del caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, la Corte IDH ha dispuesto que el Estado acomode la tipificación de los hechos punibles de desaparición forzosa y tortura al derecho internacional de los derechos humanos.²⁶

La Corte IDH ha entendido que, si bien los tipos penales vigentes en el CP permitían la persecución y penalización de ciertas conductas de desaparición forzosa y torturas (artículos 236 y 309 CP),²⁷ a la fecha del dictado de la sentencia arriba mencionada

²⁵ Cf. Corte IDH, caso *Ricardo Canese contra Paraguay* (supervisión), resolución de 6 de agosto de 2010.

²⁶ Corte IDH, caso *Goiburú y otros contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 179, 192, punto resolutivo 12.

²⁷ “Artículo 236. Desaparición forzosa

“1.º El que con fines políticos realizará los hechos punibles señalados en los artículos 105 (homicidio), 111 inciso 4.º (lesiÓN), 112 (lesiÓN grave), 120 (coacción) y 124 inciso 2.º (privación de libertad) para atemorizar a la población, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

“2.º El funcionario que ocultara o no facilitara datos sobre el paradero de una persona o de un cadáver, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Esto se aplicará aun cuando careciera de validez legal su calidad de funcionario.”

“Artículo 309. Tortura

“1.º El que con la intención de destruir o dañar gravemente la personalidad de la víctima o de un tercero, y obrando como funcionario o en acuerdo con un funcionario:

su tipificación era menos comprehensiva que la de la normativa internacional, que de acuerdo al tribunal representa un estándar mínimo para la tipificación.²⁸

En el curso del presente año el Congreso Nacional ha sancionado la Ley 4614/12, que modifica las mencionadas disposiciones a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH en el caso *Goiburú*.

La redacción original del artículo 236 CP fue modificada sustancialmente. En la exposición de motivos de la nueva ley se ha mencionado como aspecto a modificar la exigencia de que el hecho sea cometido con una finalidad política, pues esta exigencia permite excluir otros motivos, como los étnicos o religiosos, o la simple búsqueda de impunidad por parte del autor, sin necesidad de que exista de un trasfondo ideológico.

En general se ha argumentado que el tipo contenía elementos no previstos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (como, verbigracia, el fin de atemorizar a la población), y se ha dado especial énfasis a las dificultades probatorias que deparaba la anterior redacción.

El texto de la nueva tipificación es el siguiente:

Artículo 236. Desaparición Forzosa

1.º El que obrando como funcionario o agente del Estado o como persona o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, arrestara, detuviera, secuestrara o privara de su libertad de cualquier forma a una o más personas y negara la información sobre su paradero o se negara a reconocer dicha privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la Ley; será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

2.º Lo dispuesto en el numeral 1.º del presente artículo se aplicará, aun cuando careciera de validez legal el carácter de funcionario o incluso si el hecho fuere cometido por una persona que no revista el carácter de funcionario.

"1. realizará un hecho punible contra,

"a) la integridad física conforme a los artículos 110 (maltrato físico) al 112 (lesión grave),

"b) la libertad de acuerdo a los artículos 120 al 122 y el 124,

"c) la autonomía sexual según los artículos 128, 130 y 131,

"d) menores conforme a los artículos 135 y 136,

"e) la legalidad del ejercicio de funciones públicas de acuerdo a los artículos 307, 308, 310 y 311, o

"2. sometiera a la víctima a graves sufrimientos síquicos,

"será castigado con penaprivativa de libertad no menor de cinco años.

"2.º El inciso 1.º se aplicará aun cuando la calidad de funcionario:

"1. careciera de un fundamento jurídico válido, o

"2. haya sido arrogada indebidamente por el autor".

²⁸ Corte IDH, caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, cit., § 92.

Con relación al artículo 309 CP, la redacción original también fue modificada sustancialmente. De su definición de tortura se cuestionaba que no se correspondía completamente con la definición de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Según la anterior tipificación, el autor debía obrar con la intención de destruir o dañar gravemente la personalidad de la víctima, aspecto que presentaba serias dificultades probatorias. Se argumentaba que la definición era excesivamente limitante, pues excluía muchos comportamientos que según la Convención deben ser considerados *tortura*.

Como consecuencias inaceptables del limitado alcance de la tipificación original, se ha mencionado, por un lado, que en relación a comportamientos no abarcados por el tipo (pero sí por las convenciones) podría pretenderse la prescripción. Por otro lado, estos comportamientos serían castigados con penas más leves, pues, por ejemplo, para el caso de “lesión en el ejercicio de funciones públicas” (artículo 307 CP) se preveía una pena mínima de dos años, para la “coacción respecto de declaraciones” (artículo 308 CP) una pena mínima de dos años, y para el maltrato físico únicamente la pena de multa.

La nueva redacción del artículo 309 CP es la siguiente:

Artículo 309. Tortura

1.º El que intencionalmente infligiera a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales o la sometiera a un hecho punible contra la autonomía sexual, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión con fines de investigación criminal, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin; será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

2.º El que intencionalmente aplicara sobre una persona métodos tendientes a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o mental, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

La supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Goiburu contra Paraguay* sigue abierta con relación a la orden de adecuación de los artículos 236 y 309 CP al derecho internacional. No obstante, atendiendo a que prácticamente se reprodujo el texto de las Convenciones, es de estimar que la Corte IDH entienda que el Paraguay ha dado cumplimiento a lo ordenado en la sentencia respectiva.

3.3. Modificación de los presupuestos para el reclutamiento de miembros de las fuerzas armadas

La Corte IDH ha ordenado al Paraguay adecuar la legislación interna en materia de reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.²⁹

En este sentido, por ley 3360, de 2 de noviembre de 2007, se ha derogado el artículo 10 y modificado el artículo 5 de la ley 569/75, “Del Servicio Militar Obligatorio”. En la modificación se dispone que en ningún caso podrá admitirse la prestación del servicio antes de los dieciocho años de edad. Además, el 20 de mayo de 2008 se promulgó la ley 3485, que modifica la ley 123/52 (de los centros de instrucción militar para formación de estudiantes de reserva). La nueva norma dispone que los cursos especiales de instrucción militar y de formación de oficiales y suboficiales de reserva están dirigidos a ciudadanos estudiantes que hayan cumplido los dieciocho años de edad (artículo 10).

Se ha estimado que con las modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico el Estado ha cumplido la obligación adecuar la legislación conforme a los términos requeridos.³⁰

4. Efectos sobre casos judiciales

4.1. Prueba de la verdad en la difamación

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay (CSJ), haciendo suyos parte de los argumentos sostenidos por la Com IDH al expresar la necesidad de una modificación de los delitos contra el honor de las personas en el CP para hacerlos coherentes con el artículo 13 CADH, en el marco del caso *Ricardo Canese contra Paraguay*, ha anulado vía revisión la condena por difamación que pesaba en contra de esta persona.³¹

²⁹ Corte IDH, caso *Vargas Areco contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 155, § 164, 168 y 176, punto resolutivo 14.

³⁰ Corte IDH, caso *Vargas Areco contra Paraguay* (supervisión), resolución de 24 de noviembre de 2010, § 35.

³¹ Acuerdo y sentencia 1362, Sala Penal (CSJ), 11 de diciembre de 2002.

Ello ocurrió antes de que la Corte IDH hubiera dictado la resolución sobre el fondo, en la que concluyó que la condena al señor Canese representó una violación al artículo 13 CADH.³²

La CSJ entendió, al igual que la Com IDH, que las expresiones vertidas por el señor Canese en el marco de la campaña electoral servían a la defensa de un interés público y que, en consecuencia, no podían ser motivo de condena. En cuanto a la prueba de la verdad de los hechos afirmados, entendió también que el texto de la ley (artículo 151, incisos 4 y 5, CP) invierte la carga de la prueba en contra del imputado, y sostuvo que esta disposición no puede ser admitida o aplicable por colisionar con el sistema de enjuiciamiento penal establecido en la CN y en el nuevo CPP.

4.2. Prohibición de doble juzgamiento

En el caso *Vargas Areco*, la Corte IDH ha ordenado al Estado emprender todas las acciones necesarias para esclarecer las circunstancias que rodearon la muerte del menor Gerardo Vargas Areco e identificar, juzgar y sancionar, en su caso, a todos los responsables.³³

En el proceso abierto para el esclarecimiento del hecho, en marzo de 1990 la justicia militar determinó la responsabilidad de una persona, el cabo segundo López Insfrán, y la sanción de un año de prisión militar por el delito de “homicidio por exceso de celo”. Luego de la resolución de un incidente relativo a la competencia, el tratamiento del caso pasó a la justicia ordinaria. En esta instancia se amplió la investigación en contra del señor Eduardo Riveros Gavilán. En marzo de 2005 se condenó definitivamente al cabo segundo López Insfrán a un año de privación de libertad, por el delito de “homicidio culposo”. La pena se consideró compurgada, en razón de que el señor López Insfrán ya había estado en prisión militar el tiempo mencionado. Riveros Gavilán fue absuelto,

³² Corte IDH, caso *Ricardo Canese contra Paraguay*, cit., § 106 ss.

³³ Gerardo Vargas Areco fue reclutado para prestar el servicio militar en las fuerzas armadas el 26 de enero de 1989, a la edad de 15 años. El 30 de diciembre de 1989 se encontraba arrestado por no haber regresado a su destacamento voluntariamente y a tiempo, luego de una licencia para visitar a su familia. Vargas Areco se presentó a la enfermería de la unidad, donde fue atendido por una hemorragia nasal. Al regresar de la enfermería Vargas Areco supuestamente comenzó a correr, presumiblemente para huir del destacamento y evitar la sanción a la que se lo había sometido. Al ver que el niño se alejaba corriendo, un suboficial le disparó por la espalda, occasionándole la muerte. El cadáver fue encontrado al día siguiente a 100 metros de la enfermería del destacamento. Corte IDH, caso *Vargas Areco contra Paraguay*, cit., § 2.

por lo que López Insfrán resultó el único responsable de la muerte de Gerardo Vargas Areco.³⁴

La Corte IDH ordenó al Estado lo indicado líneas arriba, pues entendió que las investigaciones sobre las causas de la muerte no habían cumplido con los estándares mínimos de diligencia y no permitían determinar, entre otras circunstancias, si se había torturado o no al menor.³⁵

Los representantes del Estado plantearon en un primer momento la imposibilidad de reabrir el caso para la investigación de la participación o no de otras personas, porque con ello se violarían derechos y garantías constitucionales en materia penal. Se mencionó inclusive que no podía procederse “ni aun mediando mandamiento expreso de un órgano internacional”. Se afirmó además la imposibilidad de reabrir el caso para las investigaciones relativas a una supuesta tortura debido a que ello violaría la prohibición de doble juzgamiento por el mismo hecho, pues un eventual hecho de tortura ya habría sido investigado.³⁶

En la CN se establece que no es posible juzgar más de una vez a una persona por el mismo hecho. Se menciona la prohibición de reabrir procesos fenecidos, salvo en los casos de una revisión favorable de sentencias de acuerdo a los supuestos previstos en la ley procesal (artículo 17, inciso 4, CN; artículo 8 CPP).

De acuerdo a la Ley Procesal, la revisión de sentencias judiciales firmes solo es posible en favor del condenado. Además debe darse alguno de los siguientes presupuestos: los hechos que fundamenten la sentencia son incompatibles con los establecidos en otra sentencia penal; la sentencia se funda en una prueba documental o testimonial cuya falsedad se ha declarado en fallo posterior firme o esta resulte evidente; la sentencia condenatoria ha sido pronunciada en el contexto de un prevaricato, cohecho, violencia u otra argumentación fraudulenta cuya existencia se ha declarado en fallo posterior firme; sobrevienen hechos nuevos o elementos de prueba que hacen evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible, que corresponde aplicar una norma más favorable, una ley más benigna o una amnistía, o se ha producido un cambio en la jurisprudencia de la CSJ que favorece al condenado (artículo 481 CPP). La revisión de sentencias judiciales para atender

³⁴ Ibídem, § 71.12, 71.21, 71.22.

³⁵ Ibídem, § 154.

³⁶ Corte IDH, caso *Vargas Areco contra Paraguay* (supervisión), resolución de 20 de julio de 2010, § 6 (considerando).

una decisión posterior de un órgano interamericano o un tribunal internacional no se encuentra regulada.

La orden de la Corte IDH se ha entendido como una disposición de una reapertura no favorable para personas que ya fueron investigadas en procesos concluidos; entonces los representantes estimaron la imposibilidad de cumplir con lo ordenado.

Un tiempo después, en el marco del subsiguiente procedimiento de supervisión llevado adelante por la Corte IDH, el discurso de los representantes del Estado cambió, pero no en lo sustancial. Basados en una respuesta de la CSJ a una consulta, afirmaron que debía darse cumplimiento a lo ordenado por el órgano interamericano. En este contexto se habría solicitado al Ministerio Público la apertura de una investigación sobre tortura en relación con los hechos ocurridos el 31 de diciembre de 1989, fecha de la muerte del menor Vargas Areco. Se reafirmó, sin embargo, que no sería posible reabrir el caso en relación con las personas que habían sido ya procesadas por los delitos de homicidio y tortura.³⁷

A la fecha de este informe, este punto ordenado por la Corte IDH se considera aún pendiente de cumplimiento.³⁸

5. Otros efectos

5.1. Política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley

Se ordenó al Estado paraguayo la elaboración de una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley.³⁹ En este sentido, un equipo técnico interinstitucional ha elaborado un informe denominado *Estrategia ISAI: Propuesta metodológica para la elaboración de la política pública de atención a adolescentes infractores*. Dicho informe establece principios generales y lineamientos metodológicos de base para la elaboración de la política de Estado en la materia.

³⁷ Ibídem.

³⁸ Corte IDH, caso *Vargas Areco contra Paraguay* (supervisión), resolución de 4 de setiembre de 2012, § 2.a (parte resolutiva).

³⁹ Corte IDH, caso *Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 2 de setiembre de 2004, serie C, n.º 112, § 340, punto resolutivo 11.

El documento fue presentado ante el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, el cual lo aprobó en mayo de 2008 y encargó a la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia la implementación de las actividades allí propuestas. Esta Secretaría constituyó una Mesa Interinstitucional y Multisectorial, conformada por representantes de distintos organismos del Estado y de UNICEF, con el objetivo de elaborar una política pública penal juvenil a partir de la Estrategia ISAI (Inserción Social para Adolescentes Infractores). La Mesa Interinstitucional inició sus labores en el mes de febrero de 2009.⁴⁰

La Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia ha coordinado la realización de una consultoría, con el fin de obtener un diagnóstico de base sobre la niñez y la adolescencia en Paraguay que sirva de insumo para el diseño efectivo de la política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley. El material, según la planificación, debía estar disponible para la Mesa Interinstitucional en diciembre de 2009. Esta Mesa ha producido documentos que servirían de base técnica para la elaboración de la política de referencia, con un componente preventivo, un componente de atención durante el proceso penal que garantice el acceso a la justicia y la finalidad educativa del sistema penal juvenil, y un componente de inserción social para promover que los adolescentes “sean incorporados a la vida comunitaria, educativa, laboral y cultural sin discriminación alguna”.⁴¹

Lo ordenado por la Corte IDH en el sentido mencionado se tiene aún por pendiente de cumplimiento.⁴²

5.2. Efectos sobre la formación de los integrantes de las fuerzas de seguridad

La Corte IDH ha ordenado al Estado diseñar e implementar programas de formación y cursos regulares sobre derechos humanos para todos los miembros de las fuerzas armadas.⁴³

En el año 2002 fue aprobado el Programa Patrón de Enseñanza de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, según el cual diferentes institutos del Comando de Institutos Militares de Enseñanza del Ejército (CIMEE) han implementado

⁴⁰ Corte IDH, caso *Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (supervisión), resolución de 19 de noviembre de 2009, § 9 (considerando).

⁴¹ Ibídem, § 10 (considerando).

⁴² Ibídem, § 2.a (parte resolutiva).

⁴³ Corte IDH, caso *Vargas Areco contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), cit., § 161, 176 punto resolutivo 12.

programas que contienen materias relativas a derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Están destinados a oficiales, cadetes, suboficiales, aspirantes a suboficiales y soldados. Se componen de clases teóricas, charlas, conferencias, proyecciones, seminarios, debates y evaluaciones, y utilizan el texto *ME 33-400 Manual de normas humanitarias, derechos humanos y derecho internacional humanitario en las Fuerzas Armadas*. Existe también un material didáctico: *Guía del soldado y derechos humanos... Compromiso de todos*. El número de personal militar capacitado en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario entre los años 2003 y 2010 es de 3106 personas. Los cursos son mensuales y pertenecen a la malla curricular de los centros de formación.⁴⁴

La Corte IDH ha ordenado también al Estado implementar programas permanentes de educación en derechos humanos dentro de las fuerzas policiales en todos los niveles jerárquicos.⁴⁵ En este sentido se han llevado adelante programas educativos en todos los niveles de formación, cursos destinados a oficiales, suboficiales y subcomisarios.

También el Ministerio del Interior y la Policía Nacional acordaron un Programa de Cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, el cual tiene por objetivo general “Actualizar, desarrollar y promover la integración de las normas internacionales de Derechos Humanos y los Principios Humanitarios en las actividades prácticas de la Policía Nacional”. En este contexto se ha realizado un Curso de Formación de Instructores en Derechos Humanos y la tercera edición del Curso de Formación de Normas Internacionales de Derechos Humanos y Principios Humanitarios Aplicados a la Función Policial. Se ha creado asimismo una Oficina de Capacitación Permanente en Derechos Humanos y Principios Humanitarios Aplicados a la Función Policial.

En noviembre de 2009 se hallaba pendiente de celebración un convenio entre el Ministerio del Interior y la Defensoría del Pueblo, Dirección de Verdad, Justicia y Reparación, a fin de que esta colabore en la creación de una malla curricular de la formación policial que incorpore un programa de memoria histórica reciente, en el que se contempla especialmente el estudio de la sentencia en el caso *Goiburú y otros contra Paraguay*.

La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior ha iniciado un proceso de revisión curricular con los distintos Institutos de Formación Policial para fortalecer sus programas educativos en derechos humanos.

⁴⁴ Corte IDH, caso *Vargas Areco contra Paraguay* (supervisión), cit., § 23 (considerando).

⁴⁵ Corte IDH, caso *Goiburú y otros contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), cit., § 178, 192 punto resolutivo 11.

En el marco del compromiso institucional con los derechos humanos, se ha desarrollado y adoptado un *Protocolo de procedimientos para desalojos de inmuebles de gran envergadura*, en el que se prevé una serie de directrices para el desempeño de las actividades policiales, entre las que se contempla la coordinación con instancias de derechos humanos y de tutela de la niñez.⁴⁶

La Corte IDH ha considerado que con la realización de las medidas mencionadas el Paraguay ha dado cumplimiento a lo ordenado en cuanto al diseño y el establecimiento de programas de educación en derechos humanos, con la convicción de que los programas implementados son de carácter permanente.⁴⁷

6. Obstáculos para el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos

Un aspecto problemático para el cumplimiento de decisiones de los órganos interamericanos es el orden de prelación establecido en la CN, cuando lo requerido puede interpretarse como contrario a sus disposiciones. Lo ordenado por la Corte IDH para el esclarecimiento de las circunstancias de la muerte del menor González Areco es un ejemplo de ello.

Si se aprobara una enmienda que equipare el rango del derecho internacional a las normas constitucionales o se estableciera un deber constitucional de cumplir decisiones de órganos internacionales, la regulación actual de la prohibición de doble juzgamiento ofrecería aún dificultades para el cumplimiento de este tipo de decisiones.

La disposición constitucional de referencia establece como primer presupuesto para una eventual revisión de una sentencia que esta sea favorable al imputado. Sería necesario modificar este aspecto y regular presupuestos como, por ejemplo, los casos de inactividad que se basan en la ausencia de una voluntad real de avanzar con las investigaciones para esclarecer los hechos.⁴⁸

⁴⁶ Corte IDH, caso *Goiburú y otros contra Paraguay* (supervisión), resolución de 19 de noviembre de 2010, § 46 (considerando).

⁴⁷ Ibídem, § 49.

⁴⁸ Cf. Ezequiel Malarino: "Reporte final, síntesis metodológica, sumario ejecutivo y recomendaciones", en Jorge Rolón (comp.): *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay*, Asunción: Jorge Rolón y Fabiola Alcorta, 2004, pp. 211-213.

También parece necesario “flexibilizar” la disposición que prohíbe la prolongación del proceso penal más allá de los plazos establecidos (artículo 17, inciso 10, CN), así como la relativa al principio de legalidad (problema de retroactividad de las disposiciones relativas a la imprescriptibilidad de algunas figuras).

Un aspecto problemático en el ámbito nacional es la ausencia en general de un plan de acción para el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos, que pretende suplirse con la CIE. Este órgano podría contribuir en cierta medida, pero existen factores que ya de antemano conspiran contra su eventual eficacia. Por citar algunos: el marco legal de su creación y funcionamiento es un decreto del Poder Ejecutivo; la CIE está compuesta exclusivamente por representantes de este poder, sin participación del Poder Legislativo ni del Judicial. Tampoco existe un representante de la Defensoría Pública ni del Ministerio Público. En la motivación del decreto de creación se menciona que la CIE se compone de funcionarios con poder de decisión, lo cual en principio es auspicioso. Sin embargo, desde una perspectiva práctica, el alto rango y el elevado número de sus miembros conspira contra la posibilidad de que la CIE quisiera sesione en alguna oportunidad con quórum completo.

7. Conclusión

El valor de las decisiones de los órganos interamericanos se determina en el Paraguay por las mismas disposiciones de la CADH. En consecuencia, las decisiones de la Corte IDH en el marco de su competencia contenciosa son vinculantes, mientras que sus decisiones interpretativas en el marco de su competencia consultiva y las recomendaciones de la Com IDH no lo son.

En cumplimiento de decisiones de la Corte IDH se ha modificado la tipificación de los delitos de desaparición forzosa y tortura. También se han modificado las regulaciones pertinentes para evitar el reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas.

La Com IDH había recomendado modificar los delitos que componen el capítulo del CP que contiene los hechos punibles contra el honor de las personas. Esta recomendación no ha sido cumplida y tampoco aparece como tema pendiente en la agenda legislativa. Existe, no obstante, un fallo de la Sala Penal de la CSJ en el que se interpretan estas disposiciones de tal manera que se atiende a varios cuestionamientos de la Com IDH.

Con relación a la influencia de la Corte IDH en procesos judiciales concretos, existen dificultades para cumplir una orden de la reapertura de una investigación que ya había culminado. El orden de prelación de leyes constitucionalmente establecido, la rigidez de la regulación constitucional de la prohibición de doble juzgamiento, por un lado, y la no admisión de estos argumentos por parte de la Corte IDH son algunos de los componentes del actual *impasse*.

Las decisiones de la Corte IDH también han influido en la conformación de la malla curricular de la formación de los miembros de las fuerzas de seguridad. Tanto las fuerzas policiales como las fuerzas armadas han incorporado programas de enseñanza y formación permanente en derechos humanos.

La falta de un plan de acción para el cumplimiento de decisiones de los órganos interamericanos constituye hasta el presente un inconveniente. La ausencia de una regulación en esta materia ha buscado cubrirse con la creación de la CIE. Esta podrá allanar sin duda algunos obstáculos, pero existen aspectos estructurales que conspiran contra su eficiencia. A partir de su creación no se han apreciado grandes avances, aunque puede alegarse a su favor que es aún relativamente temprano para una evaluación.

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PENAL PERUANO

Dino Carlos Caro Coria

RESUMEN. El Estado peruano ha sido vencido hasta en 19 ocasiones ante la Corte IDH en cuanto a asuntos de trascendencia penal. Si bien durante la década de los noventa el Estado decidió litigar abiertamente incluso en casos en los que de modo flagrante no se habían satisfecho las obligaciones internacionales de perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, no fue sino hasta la sentencia de la Corte IDH del caso *Castillo Petrucci*, de 1999, que el Perú pretendió romper su vinculación al sistema interamericano, como una forma de no acatar fallos inminentes de la Corte que seguramente comprometerían el régimen político del expresidente Fujimori. Tras el fin de dicho gobierno, a fines del 2000, el Estado no solo reivindicó la competencia contenciosa de la Corte IDH sino que incluso se allanó a varias demandas que se seguían ante el sistema interamericano, entre las cuales las de *La Cantuta* y *Barrios Altos* han marcado un hito importante en la región. Ahora bien, pese a que el Perú cuenta con leyes que prevén procesalmente la pronta ejecución de las decisiones vinculantes de la Corte, el grado de cumplimiento promedio de dichas sentencias es del 56 % hasta el momento, y subsisten además importantes problemas dogmáticos, como se aprecia a propósito del fallo *Villa Stein* o del reciente pedido de indulto humanitario por el expresidente Fujimori.

Palabras clave: Com IDH, Corte IDH, caso *La Cantuta*, caso *Barrios Altos*, procedimiento de ejecución de sentencias internacionales, fallo *Villa Stein*, rango constitucional de Tratados de Derechos Humanos.

ABSTRACT. The Peruvian State has been defeated 19 times before the Inter-American Court of Human Rights in cases with criminal implications. Although in the 90's the State decided to challenge even the cases where it had evidently failed to comply with its international duty to prosecute and punish serious human rights violations, it was only after the Inter-American Court of Human Rights' judgment in the *Castillo Petrucci* case, in 1999, that Peru tried to sever its links with

the Inter-American system as a way of avoiding compliance with future rulings of the Court which were expected to condemn former president Fujimori's regime. After he left office, at the end of 2000, the State not only accepted the contentious jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights but also agreed to settle a number of cases, including *La Cantuta* and *Barrios Altos*, which have become milestones in the region. However, although Peru has procedural laws that provide for the prompt enforcement of the Court's binding decisions, the average compliance rate to date is 56 %. Important theoretical questions must still be solved, for example regarding the *Villa Stein* decision or former president Fujimori's recent request for humanitarian pardon.

Keywords: IACtHR, Inter-American Court of Human Rights, *La Cantuta* case, *Barrios Altos* case, enforcement of international judgments, *Villa Stein* decision, constitutional hierarchy of human rights treaties.

ZUSAMMENFASSUNG. Der peruanische Staat ist bisher in 19 Fällen vom Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte für sein Verhalten bezüglich der Verfolgung von Straftaten verurteilt worden. In den neunziger Jahren beschloss der Staat, sich sogar in solchen Fällen einem Verfahren zu stellen, in denen internationale Verpflichtungen zur Verfolgung und Ahndung schwerer Menschenrechtsverletzungen ganz offensichtlich missachtet worden waren. Erst im Zusammenhang mit dem Urteil des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Castillo Petrucci* von 1999 versuchte Peru, seine Bindung an das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte aufzukündigen. Damit sollte die Umsetzung der damals bevorstehenden Entscheidungen des Gerichtshofs vermieden werden, von denen mit Sicherheit erwartet wurde, dass sie das Regime des damaligen Präsidenten Fujimori kompromittieren würden. Nach dem Ende seiner Präsidentschaft Ende 2000 erkannte der peruanische Staat nicht nur die Zuständigkeit des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte an, sondern stellte sich auch mehreren im Rahmen des interamerikanischen Systems gegen Peru erhobenen Klagen, von denen zwei – *La Cantuta* und *Barrios Altos* – einen wichtigen Meilenstein für die Region darstellen. Doch obwohl die peruanische Gesetzgebung aus prozessrechtlicher Sicht eine zügige Ausführung der verbindlichen Entscheidungen des Gerichtshofs zulässt, liegt die Umsetzungsquote bisher nur bei 56 %. Wie sich am Beispiel des Urteils im Fall *Villa Stein* und dem vor kurzem gestellten Antrag auf Begnadigung des ehemaligen Präsidenten Fujimori aus humanitären Gründen zeigt, sind wichtige rechtsdogmatische Probleme weiterhin ungelöst.

Schlagwörter: Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Fall *La Cantuta*, Fall *Barrios Altos*, Verfahren zur Umsetzung internationaler Urteile, Fall *Villa Stein*, Verfassungsrang von Menschenrechtsverträgen.

1. Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) ha sometido 27 casos contra el Perú ante la jurisdicción de la Corte IDH, de los cuales solo uno originó el pronunciamiento de esta en la etapa de excepciones preliminares,¹ mientras que los demás merecieron un pronunciamiento sobre el fondo y eventuales reparaciones y costas. En todos ellos se declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano.

El objeto principal de este estudio es el seguimiento de las decisiones de la Corte IDH en su parte resolutiva, esto es, si las decisiones de los órganos del sistema interamericano son cumplidas en el ámbito interno y en qué medida lo son. Esta contribución solo se centra en el análisis de los casos cuyo contenido ostenta relevancia penal. Son 19 los casos peruanos que generaron sentencias de fondo y reparaciones con algún impacto precisamente sobre este ámbito del derecho, los cuales transitan desde el primer caso —*Neira Alegría y otros contra Perú*, cuya sentencia de fondo se emitió el 19 de enero de 1995—, hasta el último de ellos —*Anzualdo Castro contra Perú*, cuya sentencia de fondo se dio el 22 de setiembre de 2009—.

2. Reconocimiento de la jurisdicción internacional y vinculación a los tratados de derechos humanos y decisiones supranacionales y su incorporación al derecho peruano

2.1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno

Aunque el derecho internacional no contempla técnicas determinadas de incorporación de las normas internacionales a los ordenamientos estatales, sí impone a los Estados una obligación de resultado que se enuncia con la formulación de principios de alcance obligatorio e internacional.

¹ Véase Corte IDH, caso *Cayara contra Perú* (excepciones preliminares), sentencia de 3 de febrero de 1993, serie C, n.º 14. La Corte IDH ordenó el archivo del expediente al encontrar infracciones procedimentales, en específico, advirtió que la Com IDH había excedido el plazo que otorga la Convención Americana sobre Derechos Humanos para someter un caso a la jurisdicción del tribunal.

Así, por un lado, el principio *pacta sunt servanda*,² establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,³ señala que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Por otro lado, el principio de *primacía del derecho internacional sobre el derecho interno* establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...].”⁴ El Estado peruano reconoce estos principios, al haber ratificado dicho instrumento internacional en el año 2000,⁵ de modo que el incumplimiento de estas obligaciones generaría inmediatamente su responsabilidad internacional, sin que pueda invocarse norma de derecho interno alguna como justificación.

Es más, el Estado peruano adopta el *sistema de recepción automática de los tratados*,⁶ el cual señala que para aplicar las normas convencionales en el derecho interno no se requiere ningún acto posterior de conversión en norma jurídica interna que afirme que aquellas están en vigor internamente.⁷ Eso queda establecido con la redacción del artículo 55.^º de la Constitución Política del Perú, mediante el cual se establece que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En ese sentido, no se requiere ningún acto de incorporación adicional al ordenamiento interno para que el tratado se considere vigente. Esta conclusión también se refuerza con la ley 26647,⁸ la cual reconoce que los tratados entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos.⁹

Antes bien, cabe advertir que, conforme a la Constitución vigente, en el Perú existen dos vías de perfeccionamiento de los tratados. Por un lado, se encuentra el denominado *perfeccionamiento interno*, el cual exige que los tratados sean aprobados por el Congreso de la República de manera previa a la ratificación presidencial (procedimiento agravado

² Cf. Fabián Novak y Elizabeth Salmón, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 101.

³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27.

⁵ El Perú ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados mediante decreto supremo 029-2000-RE el 14 de setiembre de 2000; el tratado entró en vigor para el Perú el 14 de octubre de 2000.

⁶ Respecto al sistema de recepción automática, véase, Novak y Salmón, o. cit., pp. 106-107.

⁷ Alejandro Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 1997, p. 258.

⁸ La ley 26647, que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, fue promulgada el 26 de junio de 1996.

⁹ Cf. ley 26647, artículo 3.^º

o reforzado), mientras que, por otro lado, únicamente se requerirá la ratificación del presidente de la República (procedimiento simplificado).

Así, mediante el procedimiento agravado, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 56.^º de la Constitución, los tratados deben ser aprobados por el Congreso de la República antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras del Estado, o creen, modifiquen, supriman tributos, o exijan modificación o derogación de alguna ley, y los que requieran medidas legislativas para su ejecución.¹⁰ De otro lado, el procedimiento simplificado se encuentra regulado en el artículo 57.^º de la Constitución y determina que el presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados sin el requisito de la aprobación previa del Congreso¹¹ en las materias no contempladas en el artículo 56.^º Sin embargo, si el tratado afecta disposiciones constitucionales, deberá ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el presidente de la República.

2.2. Vinculatoriedad de los tratados sobre derechos humanos y jurisprudencia supranacional

El ordenamiento constitucional peruano contiene una variedad de disposiciones que reconocen tanto la jurisdicción de organismos supranacionales como la vinculatoriedad de sus decisiones.

En efecto, aunque del inciso 4 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú se deduce que los tratados tienen rango de ley independientemente del mecanismo de perfeccionamiento, se considera con carácter general que las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados tienen rango constitucional, pues el artículo 2.^º de la Ley Fundamental consagra un listado de derechos fundamentales de la persona que no se agota necesariamente en este, pues también existe un *numerus apertus pro hominen*, como reconoce el artículo 3.^º de la Constitución.

¹⁰ A fin de dar cumplimiento a esta disposición del Poder Ejecutivo, deberá remitir al Congreso de la República la información pertinente, de conformidad con el artículo 76.1.f del Reglamento del Congreso de la República del Perú.

¹¹ Para mayor información sobre el procedimiento de estos tratados, véase Reglamento del Congreso de la República del Perú, artículo 92.

Conforme a lo anterior, los derechos humanos *in extenso* se encuentran comprendidos en la denominada *cláusula abierta* de los derechos implícitos de la Constitución Política del Perú. Así, el artículo 3.^º establece que la enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. En el mismo sentido, el artículo 44.^º de la Constitución establece como uno de los deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, y vinculándolo con lo señalado anteriormente, el artículo 55.^º de la Constitución reconoce que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Y, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), se ha establecido que los tratados de derechos humanos ostentan, por lo menos, rango constitucional,¹² de conformidad con la IV Disposición final y transitoria de la Constitución Política¹³ y el artículo V del Código Procesal Constitucional,¹⁴ el cual incluso amplía el reconocimiento constitucional a las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte.

A partir de ello, se puede inferir que el Perú ha reconocido constitucionalmente el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH. Como consecuencia, ha reconocido tanto la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos como el deber estatal de ejecutar las resoluciones que emanen de ella. Así, el artículo 205.^º de la Ley Fundamental establece que, agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales

¹² Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional del Perú desde la sentencia de 24 de abril de 2006, recaída en el expediente 047-2004-AL/TC, caso *Gobierno Regional de San Martín*, fundamento jurídico 61. Asimismo, se realiza una amplia explicación en la sentencia de 25 de abril de 2006, recaída en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, caso *Colegio de Abogados de Arequipa y otro*, fundamentos jurídicos 24-34.

¹³ Constitución Política del Perú de 1993, IV Disposición final y transitoria: "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".

¹⁴ Ley 28237: Código Procesal Constitucional, promulgado el 28 de mayo de 2004: "Artículo V. Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que el Perú es parte.

De la misma manera, y en aplicación estricta de lo antes señalado, el Tribunal Constitucional del Perú,¹⁵ el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, ha tenido también un desarrollo importante respecto al reconocimiento de la jurisdicción supranacional, sus decisiones y los tratados de derechos humanos. Precisamente, fue recién en el año 2000 cuando el Tribunal Constitucional ratificó que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos era plenamente aplicable en la vía jurisdiccional peruana:

Que en lo que respecta al primer extremo, es un hecho inobjetable para este Tribunal que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55.^o que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y el Artículo 200.^o inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tienen valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos. Bajo dicha perspectiva y habiendo sido aprobado por nuestro país el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante Decreto Ley N.^o 22128 y posteriormente ratificado mediante instrumento de adhesión del doce de abril de mil novecientos setenta y ocho (incluso ratificado nuevamente mediante la Disposición General y Transitoria Décimo Sexta de la Constitución Política de 1979, al igual que a su respectivo Protocolo Facultativo) es un hecho que el citado instrumento supranacional forma parte integrante del sistema jurídico peruano, siendo plenamente aplicable en vía jurisdiccional ordinaria o especializada.¹⁶

Pocos años después, el mismo TC expresó los alcances de la IV Disposición final y transitoria de la Constitución, reconociendo que los derechos y libertades deben interpretarse no solo de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos, sino también conforme a la interpretación de los órganos supranacionales:

¹⁵ El Tribunal Constitucional del Perú se encuentra definido en el artículo 1.^o de la ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

¹⁶ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 13 de julio de 2000, recaída en el expediente 1277-99-AC/TC, caso *Ana Elena Townsend Díez Canseco y otros*, fundamento jurídico 7.

De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.¹⁷

Y en cuanto al tema que aquí interesa, el supremo intérprete constitucional se ha pronunciado respecto al carácter o efecto vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH):

De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.¹⁸ [...]

En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.¹⁹

¹⁷ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 17 de abril de 2002, recaída en el expediente 00218-2002-HC/TC, caso *Jorge Alberto Cartagena Vargas*, fundamento jurídico 2.

¹⁸ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 19 de junio de 2007, recaída en el expediente 00007-2007-PI/TC, caso *Colegio de Abogados del Callao contra Congreso de la República*, fundamento jurídico 26.

¹⁹ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 19 de junio de 2007, recaída en el expediente 00007-2007-PI/TC, caso *Colegio de Abogados del Callao contra Congreso de la República*, fundamento jurídico 36. En el mismo sentido, véase la sentencia de 21 de julio de 2006, recaída en el expediente 2730-2006-PA/TC, caso *Arturo Castillo Chirinos*, fundamento jurídicos 12-14.

De esta manera, las decisiones de la Corte IDH son vinculantes frente al ordenamiento peruano, toda vez que este les da un carácter constitucional a partir de un sinnúmero de pronunciamientos del máximo intérprete como es el Tribunal Constitucional.²⁰

2.3. Obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH, opiniones consultivas de la Corte IDH y recomendaciones de la Com IDH

No cabe duda de que la parte resolutiva de las decisiones de la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano. Sin embargo, es de interés conocer si esa característica se hace extensible también a las opiniones consultivas de la Corte IDH, así como a las recomendaciones de la Com IDH.

Aunque el Estado peruano ha sido vencido en múltiples casos fallados por la Corte IDH, no se tiene noticias de que haya aplicado de modo vinculante los lineamientos de las opiniones consultivas de la Corte IDH o las recomendaciones de la Com IDH. Efectivamente, se sostiene que las opiniones consultivas o las recomendaciones de los órganos de protección no son obligatorias para el Estado peruano, no son vinculantes de la misma forma que una sentencia de la Corte.

La Corte IDH es el máximo tribunal en lo que respecta a la defensa de los derechos humanos en Latinoamérica, y tiene la licencia para emitir sentencias que obligan a los Estados a su cumplimiento en tanto estos sean parte de los tratados internacionales que llenan o fundan de contenido a aquél; no obstante, también formula opiniones consultivas —con menor grado de cumplimiento— frente a determinados hechos para afirmar o alcanzar una especie de *doctrina jurisprudencial internacional*.

Por otro lado, la Com IDH es un órgano postulatorio; analiza las peticiones que recibe en razón a las obligaciones contenidas en los instrumentos que sujetan a los Estados miembros con sus naturales. Luego de un procedimiento *cuasijudicial*, la Comisión puede hacer recomendaciones a los Estados miembros sobre la adopción de medidas para contribuir a promover y garantizar los derechos humanos.

²⁰ En ese sentido, véase Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 8 de noviembre de 2005, recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC, caso *Pedro Andrés Lizana Puelles*, fundamentos jurídicos 22-23; sentencia de 24 de abril de 2006, recaída en el expediente 047-2004-AL/TC, caso *Gobierno Regional de San Martín*, fundamentos jurídicos 19-22; sentencia de 25 de abril de 2006, recaída en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, caso *Colegio de Abogados de Arequipa y otro*, fundamentos jurídicos 24-34.

En ese sentido, la Comisión puede requerir a los Estados que tomen medidas cautelares particulares para no causar graves e irreparables daños a los derechos humanos. Asimismo, puede también solicitar que la Corte IDH requiera *medidas provisionales* de los gobiernos en casos de peligro extremo para las personas, aun cuando el caso no haya sido necesariamente sometido a la Corte. Ahora bien, precisamente esta ha señalado que el término *recomendaciones* debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y por ello no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado.

Con estos argumentos, la doctrina peruana considera que el informe de la Comisión no es vinculante ni ejecutable, salvo, claro está, que las recomendaciones que incluye terminen ubicándose en una sentencia de la Corte IDH. Aunque existen otras opiniones que no comparten la idea de que la Com IDH solo formula recomendaciones, dado que sus decisiones provienen de un organismo cuasijurisdiccional, a tal punto que sus resoluciones poseen las mismas formalidades que un fallo,²¹ estas interpretaciones no han tenido mayor repercusión en el Perú.

Por último, si bien es cierto que las *recomendaciones* u *opiniones consultivas* no tienen o guardan el carácter vinculante de manera similar a las sentencias de la Corte IDH, es importante destacar —más allá del trámite que siguió o de la autoridad que se pronunció— el contenido que se origina con su emisión: *Garantizar los derechos del hombre y del ciudadano*. Por tales razones, la doctrina peruana estima que deben ser tomadas en cuenta para su aplicación —no obligatoria—, con carácter supletorio en caso de que persista el ataque contra tal(es) derecho(s) y la alternativa postulada por el Gobierno sea inidónea para contrarrestarla. Efectivamente, es muy distinto tomar un informe como *no vinculante* —persista o no el ataque— o como *supletorio* cuando persiste el ataque.

²¹ Acerca la posición de Daniel O'Donnell, cf. José Antonio Rivera: "Limitaciones en las acciones y resoluciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos", en Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo, *Cuadernos Electrónicos 01, Derechos Humanos y Democracia*, <http://www.portalfio.org/cuadernos/rivera.htm>.

3. Ejecución de decisiones de la Corte IDH en el Estado peruano

3.1. El procedimiento de ejecución

El procedimiento en el Perú para dar cumplimiento a las decisiones emitidas por la Corte IDH se encuentra regulado, en primer término, por la ley 28 237, Código Procesal Constitucional. Precisamente el artículo 115 de la referida ley marca la línea de ejecución de las decisiones de los órganos interamericanos dentro del territorio nacional. Señala el precepto que el procedimiento se inicia con la comunicación que debe efectuar el Ministerio de Relaciones Exteriores al presidente del Poder Judicial, quien deberá remitir la decisión supranacional al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y disponer su ejecución por el juez competente.

Lo anterior, como lo establece el mismo mandato legal, debe realizarse de conformidad con la ley 27 775, Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución de Sentencias Emitidas por Tribunales Supranacionales, de 7 de julio de 2002. Desde luego, esta ley observa las reglas que deben seguirse para dar cumplimiento a las sentencias emitidas por tribunales internacionales constituidos en virtud de los tratados que han sido ratificados por el Perú. Así, se establecen dispositivos que regulan lo referido a la competencia del órgano ejecutor, el procedimiento para la ejecución de la resolución que ordena el pago de suma determinada o suma por determinar, el proceso para fijar la responsabilidad y el monto indemnizatorio e incluso un procedimiento de ejecución de medidas provisionales.²² Particularmente, es destacable la disposición referente a la ejecución de medidas provisionales emitidas por la Corte IDH, dado que establece que estas son de inmediato cumplimiento y el juez debe ordenar su ejecución dentro del término de 24 horas de recibida la comunicación de la decisión respectiva.

Es importante precisar que la ley 27 775 señala en el artículo 2.^º que el procedimiento se aplicará a las decisiones del tribunal supranacional que contengan condena de pago de suma de dinero por daños y perjuicios a cargo del Estado o sean meramente declarativas. Sobre esto último, el artículo 4.^º señala en torno a las medidas no indemnizatorias que, dentro del plazo de diez días de recibida la comunicación de la Corte

²² Cf. ley 27 775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, artículo 2.

Suprema, el juez que agotó la jurisdicción interna ordenará a los órganos e instituciones estatales concernidos, sean cuales fuesen estos, el cese de la situación que dio origen a la sentencia referida, e indicará la adopción de las medidas necesarias. En caso de que la sentencia se refiera a resolución judicial, el juez competente deberá adoptar las disposiciones que resulten pertinentes para la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de que se produjera la violación declarada por medio de la sentencia.

En esta línea de ideas, teniendo en cuenta que la Corte IDH no solo ordena a título de reparaciones y/o indemnizaciones, sino que también es una constante que prescriba medidas de satisfacción y garantías de no repetición, es necesario referirse a la ley 28 592, que crea el Plan Integral de Reparaciones (PIR), de 29 de julio de 2005, mediante la cual se han instaurado programas específicos como el Programa de Restitución de Derechos Ciudadanos, el Programa de Reparaciones en Educación, el Programa de Reparaciones en Salud, el Programa de Reparaciones Colectivas, el Programa de Reparaciones Simbólicas, el Programa de Promoción y Facilitación al Acceso Habitacional y otros programas que la Comisión Multisectorial apruebe. La finalidad del Programa Integral es establecer el marco normativo para otorgar reparaciones a las víctimas de la violencia ocurrida en el período entre mayo de 1980 y noviembre de 2000, el cual precisamente se objetiviza con el decreto supremo 015-2006-JUS, de 6 de julio de 2006, que reglamenta la citada ley 28 592.

El artículo 52.^o del reglamento excluye de la condición de beneficiarios, entre otras, a las personas que hayan sido beneficiadas mediante sentencia judicial sobre reparaciones o como fruto de un acuerdo de solución amistosa o un acuerdo de reparación integral, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, salvo que mediante solución amistosa no se haya determinado indemnización económica, en cuyo caso las víctimas podrán optar por cualquiera de los beneficios regulados en la ley y el reglamento, según los principios de equidad, proporcionalidad y no discriminación. Además, se señala que también serán beneficiarias del programa las personas que tuvieran casos pendientes ante el sistema interamericano, salvo disposición en contrario mediante sentencia judicial. En este orden de ideas, se aplicará este programa a las víctimas a quienes aún no se les haya determinado indemnización económica, mediante el procedimiento de solución amistosa, y a las que aún tengan el caso pendiente ante el sistema interamericano, y no se aplicará a las víctimas que ya hayan sido reparadas o cuya orden de reparación ya haya sido emitida.

Posteriormente, mediante el decreto legislativo 1068, de 28 de junio de 2008, “Del sistema de defensa jurídica del Estado”, se derogó tácitamente una de las disposiciones de la ley 27775: se dejó sin efecto la competencia del Ministerio de Justicia²³ —hoy denominado Ministerio de Justicia y Derechos Humanos— para realizar el pago de los montos indemnizatorios ordenados por la Corte IDH a las víctimas declaradas en la sentencia correspondiente. A partir de la vigencia de dicho decreto legislativo el ente encargado del pago de las reparaciones es el órgano del Estado que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al sistema interamericano.

Esta innovación, aunque podría expresar la voluntad del Estado de cumplir con mayor celeridad y eficacia con el pago de la totalidad de los montos fijados por la Corte IDH, tiene como obstáculo que no existe norma alguna que indique el procedimiento a seguir en los casos de inejecución del pago a cargo del órgano competente, o el procedimiento cuando el Ministerio de Justicia inició el pago siendo el órgano encargado de ello, pero después dejó de hacerlo.

Esta problemática debe ser resuelta por la Comisión Multisectorial de Alto Nivel, perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, órgano encargado de la coordinación y del seguimiento de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional, y también ente coordinador y supervisor del Plan Integral de Reparaciones.²⁴

Otro obstáculo legal para la ejecución de las sentencias de la Corte IDH en cuanto al cobro de la reparación económica tiene que ver con la exigencia de algunos requisitos temporales que pueden colocar a la víctima o al familiar de esta en un estado de indefensión. Y es que mediante la adopción del decreto supremo 051-2011-PCM, de 16 de junio de 2011, se ha establecido el plazo de conclusión del proceso de determinación e

²³ La ley 27775 estipulaba en el artículo 2.b que el ente competente para realizar el pago correspondiente era el Ministerio de Justicia del Perú, el cual contaba con 10 días para ejecutarlo. Esta disposición fue derogada tácitamente a través del artículo 22.6 del decreto legislativo 1068.

²⁴ Decreto supremo 011-2004-PCM, *Conforman comisión multisectorial de alto nivel encargada de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional*, emitido el 5 de febrero de 2004; decreto supremo 024-2004-PCM: *Modifican decreto supremo que conformó la comisión multisectorial de alto nivel encargada de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, reparación colectiva y reconciliación nacional*, de 24 de marzo de 2004; decreto supremo 031-2005-PCM: *Modifican el D. S. n.º 011-2004-PCM que conformó comisión encargada del seguimiento de acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, reparación colectiva y reconciliación nacional*, emitido el 6 de abril de 2005; ley 28592: *Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones*, de 20 de julio de 2005, artículo 8; decreto supremo 015-2006-JUS: *Aprueban reglamento de la ley n.º 28592, Ley que Crea el Plan Integral de Reparaciones*, de 5 de julio de 2006, artículo 59.

identificación de los beneficiarios del Programa de Reparaciones Económicas y la oportunidad de otorgamiento de estas.²⁵ Se señala, por ejemplo, que en la primera etapa de ejecución del Programa los beneficiarios deben cumplir con las siguientes condiciones: 1) ser cónyuges o concubinos de la víctima muerta o desaparecida y tener 65 años o más a la fecha de entrada en vigencia de la norma; 2) ser padres de la víctima muerta o desaparecida y, a la fecha de entrada en vigencia de la norma, tener 80 años o más y no contar con soporte familiar; 3) ser víctimas de violación sexual o víctimas con discapacidad como resultado de la violencia sufrida, y tener 65 años o más a la fecha de entrada en vigencia de la norma.

3.2. Casos representativos

En los 19 casos de relevancia penal en los que el Estado peruano ha sido vencido, la Corte IDH ha ordenado diferentes consecuencias, como puede verse en la sección 4 de este informe. Ello incluye, en general, medidas cuya ejecución corresponde al Poder Legislativo, al Poder Judicial, al Poder Ejecutivo y a organismos autónomos, especiales o *ad hoc* del Estado.²⁶ Por su importancia, se pondrán seguidamente de relieve determinados aspectos del proceso de ejecución en los casos *Castillo Petrucci y Barrios Altos*, en los que puede apreciarse tanto la existencia de dificultades jurídicas como fácticas para dicha ejecución.

La sentencia de fondo, reparaciones y costas de 30 de mayo de 1999 emitida por la Corte IDH en el caso *Castillo Petrucci* declaró, entre otras cosas, la invalidez del juicio por traición a la patria contra Castillo Petrucci y otros, y ordenó la realización de un nuevo juicio. También se ordenó que el Estado reformara las normas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en particular las que habilitaban el fuero militar para delitos de terrorismo y traición a la patria, y aquellas que precisamente instauraban el delito de traición a la patria como una forma de terrorismo

²⁵ El decreto supremo 051-2011-PCM fue expedido el 15 de junio de 2011 y publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 16 de junio de 2011.

²⁶ Múltiples detalles de la ejecución de las sentencias de la Corte IDH por el Estado peruano pueden verse en los informes sobre Perú de Dino Carlos Caro Coria, en Kai Ambos et al., *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 373 ss.; Kai Ambos et al., *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 271 ss.; Kai Ambos et al., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 127 ss.

agravado, lo que implicaba una clara instrumentalización del rótulo *traición a la patria* para justificar de modo formal o gramatical la competencia del fuero militar.

Este fallo se dio en un contexto especialmente complejo para el Perú desde el punto de vista político. El entonces presidente Alberto Fujimori tenía el camino legal abierto para una segunda reelección para el periodo 2010-2015 a través de una ley de interpretación auténtica de la Constitución aprobada por la mayoría oficialista del Parlamento. Los magistrados del Tribunal Constitucional que pretendieron dejar sin efecto esta ley habían sido destituidos en 1997 por esa misma mayoría oficialista del Congreso, y su caso se encontraba en manos de la Com IDH y la Corte IDH. Otros casos significativos, como los de *Baruch Ivcher*, *Barrios Altos* y *La Cantuta* estaban en proceso de discusión y decisión en los órganos interamericanos. A fines de los años noventa el Estado peruano, y el gobierno en especial, se hallaban seriamente cuestionados por organismos internacionales y por la sociedad civil peruana en diferentes niveles: no respeto a los derechos humanos, no respeto a las libertades de información y expresión, corrupción pública, no sometimiento al Estado de derecho ni a las formas democráticas, etcétera.

Hasta donde alcanzo a ver, dado dicho contexto, la sentencia del caso *Castillo Petrucci* fue explotada por el gobierno del expresidente Fujimori como pretexto jurídico para *justificar* en 1999 una decisión radical: la renuncia a la competencia contenciosa de la Corte IDH. Discursos vinculados a la soberanía nacional, autonomía de los poderes del Estado peruano o el no retroceso frente a la *lucha contra el terrorismo* fueron el caldo de cultivo para la *justificación jurídica* de esa decisión.

En efecto, en primer lugar el Estado peruano solo manifestó la decisión de no acatar los términos de la sentencia del caso *Castillo Petrucci*, como se detalla en el fallo de la Corte IDH de cumplimiento de sentencia (resolución de 17 de noviembre de 1999, serie C, n.º 59). Mediante escrito de 15 de junio de 1999, el Estado del Perú adjuntó la resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar de 11 de junio de 1999, que resolvió que la sentencia de la Corte de 30 de mayo de 1999 “carece de imparcialidad y vulnera la Constitución Política del Estado, siendo por ende de imposible ejecución”. Sin embargo, en virtud de la resolución legislativa 27 152, de 8 de julio de 1999, y la comunicación de la Cancillería del Perú al secretario general de la Organización de Estados Americanos de la misma fecha, se señaló que, de acuerdo con la CADH, la República del Perú retiraba la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hecha en su oportunidad por el gobierno peruano, y que ese retiro

del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana produciría efecto inmediato y se aplicaría a todos los casos en que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte.

La Corte IDH, a través de la citada resolución de 17 de noviembre de 1999, rechazó la pretensión del Estado peruano de incumplir la sentencia del caso *Castillo Petrucci* y ordenó su pronto cumplimiento conforme al principio básico *pacta sunt servanda*. Pese a ello, la sentencia fue inobservada por el gobierno del expresidente Fujimori hasta su partida hacia el Japón, en noviembre de 2000, a raíz de lo cual fue vacado en el cargo por el Congreso de la República. Meses después la resolución legislativa 27 401, de 19 de enero de 2001, derogó la ya citada resolución legislativa 27 152 y dispuso encargar al Poder Ejecutivo realizar todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que hubiera generado dicha resolución legislativa, restableciendo a plenitud para el Estado peruano la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Antes bien, la ejecución de los efectos del fallo *Castillo Petrucci* recién se hizo posible, en parte, mediante la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 3 de enero de 2003, expediente 0010-2002-AI/TC, caso *Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos*, a través de la cual se dejaron sin efecto varios aspectos de la legislación antiterrorista, incluido el llamado delito de traición a la patria y la jurisdicción militar que le era aplicable. Para ello el TC aplicó el método de las sentencias interpretativas, aditivas, sustitutivas y exhortativas, lo que implicó una particular renovación del contenido y la interpretación de dicha legislación, lo que abrió la puerta para la eventual anulación, a pedido de los interesados, de las sentencias condenatorias expedidas bajo la legislación parcialmente derogada —entre ellas, por ejemplo, la de Abimael Guzmán Reynoso, fundador y jefe de la organización terrorista Sendero Luminoso, quien en el nuevo juicio fue condenado nuevamente a cadena perpetua en el fuero civil, con la posibilidad de revisión de la sentencia a los 35 años—.

En cuanto al caso *Barrios Altos*, la sentencia de fondo de la Corte IDH, de 14 de marzo de 2001, resolvió, entre otras cosas, declarar que las leyes de amnistía 26 479 y 26 492 eran incompatibles con la CADH y, en consecuencia, carecían de efectos jurídicos. Asimismo, declaró que el Estado del Perú debía investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se había hecho referencia en esta sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

La ejecución de los efectos judiciales de este fallo ha podido verse recientemente en el ámbito de la Corte Suprema del Perú. En el caso seguido contra *Alberto Segundo Pinto Cárdenas y otros* (recurso de nulidad 4104-2010/Lima, mediante la ejecutoria de 20 de julio de 2012), la Sala Penal Permanente presidida por el juez Villa Stein, entre otras cuestiones, dejó sin efecto la calificación de los hechos de *Barrios Altos* como delito de lesa humanidad, abriendo paso a la prescripción del delito de asociación ilícita y a una rebaja de la pena de 25 a 20 años de privación de la libertad para los principales condenados. Esta ejecutoria, conocida ahora como el *fallo Villa Stein*, despertó reacciones contrarias de algunos sectores de la sociedad civil —en especial las ONG— y el Poder Ejecutivo.

En efecto, el 24 de julio de 2012, el procurador público en materia constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos interpuso ante la Corte Superior de Lima una demanda de amparo contra los jueces supremos del fallo Villa Stein, con el fin de dejar dicha ejecutoria sin efectos por contravenir, según la demanda, diferentes fallos del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH que han calificado los delitos del caso *Barrios Altos* como de lesa humanidad, entre otros argumentos.

Por su lado, el 1 de agosto de 2012 la Corte IDH convocó a una audiencia pública que se celebró el 27 de ese mes, con la finalidad de que el Estado, la Comisión y los representantes se refirieran al cumplimiento de las medidas de reparación pendientes de cumplimiento en el presente caso, entre otros, el deber de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se hizo referencia en la sentencia de fondo, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y la sanción de los responsables (punto resolutivo quinto de la sentencia de fondo, de 14 de marzo de 2001) y los avances en la incorporación de “la figura jurídica que resulte más conveniente” para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales (punto resolutivo 5.b de la sentencia de reparaciones de 30 de noviembre de 2001). Dicha audiencia tuvo como dato particular que el Estado peruano fue representado por dos procuradores públicos que expresaron posiciones contrarias en cuanto al fallo Villa Stein: el representante del Poder Judicial defendió que el fallo respetaba el derecho interno y el derecho interamericano, mientras que el representante del Poder Ejecutivo se pronunció en los mismos términos que la demanda de amparo descrita en el párrafo anterior.

La Corte IDH dilucidó estos aspectos mediante la resolución de 7 de septiembre de 2012 de supervisión de la sentencia del caso *Barrios Altos*. La Corte adoptó la postura de

la Comisión, de los abogados de las víctimas y de parte de la representación del Estado peruano, en el sentido de que el fallo Villa Stein: a) se aparta del criterio de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional del Perú y la Corte Interamericana, de calificar como delitos de lesa humanidad los crímenes cometidos por el Grupo Colina; b) contradice la sentencia que condenó a Alberto Fujimori Fujimori en el caso *Barrios Altos*, en la cual se calificaron los hechos como delitos de lesa humanidad; c) no justifica suficientemente la reducción de las penas a los procesados sobre la base del supuesto menoscabo al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, así como la no condena por asociación ilícita. Ante ello, la Corte ordenó que el Estado peruano diera pronto cumplimiento a las obligaciones internacionales aún no satisfechas, en particular el deber de investigar y sancionar adecuadamente las graves violaciones a los derechos humanos recogidas en el caso *Barrios Altos*.

La ejecución de esta resolución de la Corte IDH fue inmediata. El presidente del Poder Judicial notificó su contenido a la propia Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, la cual mediante ejecutoria de 27 de septiembre de 2012, tres días después de conocerse el fallo de la Corte IDH, resolvió, en aplicación directa del artículo 27 de la Convención de Viena y las normas de la CADH, declarar la nulidad de su propia ejecutoria de 20 de julio de 2012 y, en consecuencia, retrotraer la causa al estado previo a dicha ejecutoria, es decir, otorgando vigencia a la decisión de la Sala Superior que emitió la sentencia previa de primera instancia. La impugnación contra dicho fallo aún no ha sido apreciada por otra Sala de la Corte Suprema. La citada ejecutoria de 27 de septiembre de 2012 cita como precedente la ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de 24 de enero de 2011, que en el recurso de nulidad 4681-2006, conforme a la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso *María Teresa De La Cruz Flores*, declaró la nulidad de la ejecutoria suprema de 23 de noviembre de 2009.

Un aspecto particular del caso *Barrios Altos*, aunque relacionado también con el caso *La Cantuta*, tiene que ver con la ejecución de la pena impuesta al expresidente Fujimori, sentenciado de modo definitivo a 25 años de pena privativa de la libertad por la comisión de los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado, como delitos de lesa humanidad, mediante ejecutoria suprema de 30 de diciembre de 2009 emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el expediente 19-2001-09-AV. Tras el agotamiento de todos los medios impugnatorios, la familia del condenado y el propio Alberto Fujimori han solicitado ante el Poder Ejecutivo la aplicación del

indulto por razones humanitarias, a fin de que se deje sin efecto la ejecución del resto de la condena en atención al supuesto estado de salud degenerativo del condenado.

Si bien el artículo 118.^º, numeral 21, de la Constitución de 1993 establece con carácter general, sin límites explícitos, la facultad del presidente de la República de indultar y conmutar penas, la resolución ministerial 0162-2010-JUS, de 14 de julio de 2010, Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, limita esta facultad presidencial. En el caso específico del indulto humanitario, el artículo 31.^º indica su procedencia no solo para los casos de enfermedad terminal (literal *a*), sino también para aquellos en que el condenado padece una enfermedad no terminal grave, que se encuentre en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable, y que además las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad (literal *b*). Este último supuesto es el invocado por Alberto Fujimori, con lo que se ha abierto un debate político y jurídico bastante polarizado en torno a la realidad o no de su enfermedad, las condiciones de carcelería —que para muchos son las de una *cárcel dorada*—, los límites del indulto en caso de delitos de lesa humanidad, etcétera. Las ONG y los abogados de las víctimas han anunciado que, si el indulto se materializara, se pretenderá el mismo camino que en el fallo Villa Stein: una eventual acción de amparo contra la posible decisión presidencial de indultar²⁷ y la supervisión de cumplimiento de las sentencias en los casos *La Cantuta* y *Barrios Altos* por la Corte IDH.

4. Grado de ejecución de las decisiones de la Corte IDH en cada caso

Seguidamente se presenta una comparación entre lo ordenado por la Corte IDH en los 19 casos de trascendencia penal y el grado de ejecución de cada mandato por el Estado peruano según la propia Corte IDH.

²⁷ Ello con base en el precedente de la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 2011 en el expediente 03660-2010-PHC/TC, caso *José Enrique Crousillat Lopez Torres*, según la cual: “[...] siendo la razón por la que se decidió conceder el indulto al favorecido el grave estado de salud en el que presuntamente se encontraba, y, como ha quedado demostrado, el error en que incurrió era de tal magnitud que se encontraba justificada en el caso la anulación del indulto, la demanda no puede ser estimatoria. Y es que si, como se ha expresado líneas arriba, el error no puede generar derecho, un indulto concedido bajo un error tan grave sobre el estado de salud torna en puramente aparente la motivación en la que se sustenta el mismo. Por tanto, la presente sentencia no solo declara que la resolución suprema cuestionada fue emitida por una autoridad incompetente, sino que el indulto es nulo, por las razones expuestas”.

4.1. Caso *Neira Alegría y otros contra Perú*

4.1.1. *Reparaciones y costas*

En el caso *Neira Alegría y otros*, la Corte IDH, con fecha 19 de septiembre de 1996, emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) pagar la suma de USD 154 040,74 por el total de las indemnizaciones debidas a los familiares de las víctimas a que se refiere este caso y b) hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares.

4.1.2. *Cumplimiento del Estado*

En el presente caso, a la fecha la Corte IDH ha emitido dos sentencias de cumplimiento. La primera se dio con fecha 28 de noviembre de 2002 y la segunda con fecha 19 de enero de 2009.

En la última sentencia de cumplimiento se determinó que el Estado tiene pendiente: a) hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares, debiendo adaptar la técnica de criminalística a los estándares internacionales.

4.2. Caso *Castillo Páez contra Perú*

4.2.1. *Reparaciones y costas*

En el caso *Castillo Páez*, con fecha 27 de noviembre de 1998, la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) pagar USD 245 021,80 o su equivalente en moneda nacional, en carácter de reparaciones, a los familiares del señor Ernesto Rafael Castillo Páez, en la proporción y las condiciones expresadas en los párrafos 75, 76, 77, 90, 114, 115, 116 y 117 de la sentencia; b) investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación; c) pagar USD 2 000 o su equivalente en moneda nacional en concepto de reintegro de costas efectuadas en el derecho interno, y d) determinar el paradero de Ernesto Rafael Castillo Páez.

4.2.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso la Corte IDH, en la última sentencia de cumplimiento, de 3 de abril de 2009, determinó que solo quedaba pendiente determinar el paradero de Ernesto Rafael Castillo Páez.

4.3. Caso Loayza Tamayo contra Perú

4.3.1. Reparaciones y costas

En el caso *Loayza Tamayo*, con fecha 27 de noviembre de 1998, la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) tomar todas las medidas necesarias para reincorporar a la señora María Elena Loayza Tamayo al servicio docente en instituciones públicas, en el entendimiento de que el monto de sus salarios y otras prestaciones debería ser equivalente a la suma de sus remuneraciones por esas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención; b) adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiera sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la señora María Elena Loayza Tamayo produjese efecto legal alguno; c) pagar, en la forma y las condiciones que se expresan en los párrafos 183 a 190 de esta sentencia, una suma global de USD 167 190,30; d) tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los decretos-leyes 25 475 (delito de terrorismo) y 25 659 (delito de traición a la patria) se conformen con la CADH; e) investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación, y f) pagar, por concepto de honorarios y gastos, la suma de USD 20 000 o su equivalente en moneda peruana, en la forma y las condiciones que se expresan en los párrafos 183 a 190 de esta sentencia, a la señora Carolina Maida Loayza Tamayo.

4.3.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, a la fecha la Corte IDH ha emitido cinco sentencias de cumplimiento.²⁸ En la última, de 22 de septiembre de 2006, se determina que el Estado peruano ha cumplido parcialmente con el pago de las cantidades establecidas en el párrafo 171, y en la forma prevista en los párrafos 161 y 172 de la sentencia, en favor de los familiares de las víctimas.

Sin embargo, el Estado peruano tiene pendiente el cumplimiento de: a) investigar inmediatamente los hechos que generaron las violaciones del presente caso e identificar, juzgar y, si corresponde, sancionar a los responsables; b) publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los capítulos VII a X de la misma sentencia y sus puntos resolutivos; c) realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con las violaciones declaradas; d) otorgar una beca en una institución pública peruana en beneficio de los deudos; e) posibilitar la continuación, por el tiempo que sea necesario, del tratamiento psicológico de los deudos, y f) cancelar el monto adeudado por reparaciones de daños materiales e inmateriales y gastos procesales.

Esta sentencia tuvo un gran impacto nacional e internacional, toda vez que su emisión y luego cumplimiento por el Estado peruano modificó decisiones judiciales, en el extremo de la liberación inmediata de la condenada.

4.4. Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú

4.4.1. Reparaciones y costas

En el caso *Castillo Petruzzi y otros*, con fecha 30 de mayo de 1999, la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) declarar la invalidez, por ser incompatible con la CADH, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, y garantizarles un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal; b) adoptar las

²⁸ La primera sentencia de cumplimiento fue emitida por la Corte IDH con fecha 17 de noviembre de 1999; la segunda, con fecha 1 junio de 2001; la tercera, con fecha 27 de noviembre de 2002; la cuarta, con fecha 27 de noviembre de 2003; la quinta, con fecha 03 de marzo de 2005, y la sexta, con fecha 22 de septiembre de 2006.

medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la CADH en la misma sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención, y c) pagar una suma total de USD 10 000, o su equivalente en moneda nacional peruana, a los familiares de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, que acrediten haber hecho las erogaciones correspondientes a los gastos y las costas con ocasión del presente caso.²⁹

4.4.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, a la fecha la Corte IDH ha emitido tres sentencias de cumplimiento,³⁰ la última el 1 de julio de 2011.

En esta se determina que el Estado peruano solo tiene pendiente el pago de una suma total de USD 10 000, o su equivalente en moneda nacional peruana, a los familiares de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, que acrediten haber hecho las erogaciones correspondientes a los gastos y las costas con ocasión del presente caso.³¹

4.5. Caso Cesti Hurtado contra Perú

4.5.1. Reparaciones y costas

En el caso *Cesti Hurtado*, con fecha 31 de mayo de 2001, la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía cumplir con lo siguiente: a) indemnizar a Gustavo Adolfo Cesti Hurtado por los daños materiales que le han ocasionado las violaciones declaradas en la sentencia sobre el fondo, de 29 de septiembre de 1999, y fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios correspondientes, a fin de que este los reciba en un plazo razonable, si hubiera lugar a ellos, b) pagar a Gustavo Adolfo Cesti Hurtado

²⁹ Se procederá de acuerdo al procedimiento descrito en el párrafo 224 de la presente sentencia.

³⁰ La primera sentencia de cumplimiento emitida por la Corte IDH es del 17 de noviembre de 1999 y la segunda fue emitida el 1 junio de 2001.

³¹ Punto resolutivo decimoquinto de la sentencia y considerandos 49 a 54.

una compensación de USD 25 000, o su equivalente en moneda peruana, por concepto de daño moral, c) pagar a Carmen Cardó Guarderas de Cesti una compensación de USD 10 000, a Margarita del Carmen Cesti Cardó de Lama una compensación de USD 5 000, y a Gustavo Guillermo Cesti Cardó una compensación de USD 5 000, o su equivalente en moneda peruana, por concepto de daño moral; d) pagar a Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, como compensación de las costas y gastos generados en la jurisdicción interna y en la jurisdicción interamericana, la suma de USD 20 000, y e) investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a los responsables, y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

4.5.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, a la fecha la Corte IDH ha emitido cinco sentencias de cumplimiento,³² la última de las cuales es del 4 de febrero de 2010.

En esa última sentencia de cumplimiento se determina que el Estado peruano tiene pendiente: a) la anulación del proceso militar y todos los efectos que de él se derivan (puntos resolutivos octavo de la sentencia de fondo y segundo y tercero de la sentencia de interpretación de la sentencia de fondo); b) la investigación de los hechos del presente caso y, si corresponde, la sanción a los responsables (punto resolutivo quinto de la sentencia de reparaciones); c) el pago del daño material (puntos resolutivos primero de la sentencia de reparaciones y tercero de la sentencia de interpretación de reparaciones), y d) el pago de los intereses a la compensación por concepto de daño moral (puntos resolutivos segundo y tercero de la sentencia de reparaciones).

4.6. Caso Barrios Altos contra Perú

4.6.1. Reparaciones y costas

En el caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros contra Perú)*, la Corte IDH, con fecha 30 de noviembre del 2001, emitió la sentencia de reparaciones, en la cual se

³² La primera sentencia de cumplimiento emitida por la Corte IDH es del 17 de noviembre de 2004; la segunda fue emitida el 22 de septiembre de 2006; la tercera, el 4 de agosto de 2008; la cuarta, el 7 de diciembre de 2009, y la quinta sentencia de cumplimiento fue emitida el 4 de febrero de 2010.

resolvió que el Estado peruano debía: a) pagar la cantidad de USD 175 000 a cada una de las víctimas sobrevivientes; b) pagar la cantidad de USD 175 000 a los beneficiarios de las reparaciones relacionadas con cada una de las víctimas fallecidas; c) pagar la cantidad de USD 250 000 a los beneficiarios de las reparaciones relacionadas con la víctima fallecida Máximo León León;³³ d) otorgar a los beneficiarios de las reparaciones los gastos de servicios de salud, brindándoles atención gratuita en el establecimiento de salud correspondiente a su domicilio y en el hospital o instituto especializado de referencia correspondiente; e) proporcionar a los beneficiarios de las reparaciones las prestaciones educativas pertinentes, mediante becas y créditos; f) dar aplicación a lo que la Corte dispuso en la sentencia de interpretación de la sentencia de fondo, “sobre el sentido y alcances de la declaración de ineficacia de las leyes n.º 26479 y n.º 26492”, g) iniciar el proceso por el cual se incorpore “la figura jurídica que resulte más conveniente” para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales; h) iniciar “el procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad, [...] dentro de los 30 días de suscrito el acuerdo”, i) publicar la sentencia de la Corte en el *Diario Oficial El Peruano* y difundir su contenido en otros medios de prensa, j) incluir en la resolución suprema que disponga la publicación del acuerdo “una expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas por los graves daños causados” y una ratificación de la voluntad de que no vuelvan a ocurrir este tipo de hechos, y k) erigir un monumento recordatorio.

4.6.2. Cumplimiento del Estado

Por medio de una resolución emitida el 7 de septiembre del 2012, la Corte IDH señaló que la sentencia, aprobada en julio del mismo año por el tribunal peruano, “presentaría serios obstáculos para la consecución de la medida de reparación ordenada respecto al deber de investigar los hechos del presente caso”.

Como muchos recordarán, la Corte IDH ordenó al Estado peruano anular el fallo de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que reduce las penas de los integrantes del Grupo Colina, que perpetraron la matanza de Barrios Altos. Además, esta decisión judicial le retiró la calidad de crimen de lesa humanidad al caso.

³³ El detalle de los fundamentos para el pago de esta cantidad se encuentra en los párrafos del 35 al 40 de la sentencia de reparaciones.

El organismo internacional recordó que el Perú es parte de la CADH, por lo que se compromete a respetar sus decisiones. En ese sentido, le dio al Estado peruano hasta el 20 de enero del año siguiente para cumplir con lo dispuesto en la última resolución, es decir, anular el fallo pro Colina y emitir uno nuevo que respete a las víctimas del caso *Barrios Altos*.

4.7. Caso Cantoral Benavides contra Perú

4.7.1. Reparaciones y costas

En el caso *Cantoral Benavides*, la Corte IDH con fecha 3 de diciembre del 2001, emitió la sentencia de reparaciones, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) pagar por daño material a las víctimas la cantidad de USD 40 000; b) pagar por daño inmaterial a las víctimas la cantidad de USD 128 000; c) pagar, por concepto de gastos y costas procesales la cantidad de USD 8 000; d) dejar sin efecto alguno, recurriendo para ello a las vías previstas en la legislación interna, la sentencia condenatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú contra Luis Alberto Cantoral Benavides;³⁴ e) anular los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales que existan en contra de Luis Alberto Cantoral Benavides; f) proporcionarle una beca de estudios superiores o universitarios a Luis Alberto Cantoral Benavides, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija; g) publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de circulación nacional, por una única vez, la parte resolutiva de la sentencia sobre el fondo, dictada el 18 de agosto de 2000, y celebrar un desagravio público; h) proporcionar tratamiento médico y psicológico a la señora Gladys Benavides López, en el Perú, e i) investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables.

4.7.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, a la fecha la Com IDH ha emitido seis sentencias de cumplimiento,³⁵ la última de las cuales es del 14 de noviembre de 2010.

³⁴ De conformidad con lo establecido en el párrafo 77 de la presente sentencia.

³⁵ La primera sentencia de cumplimiento fue emitida por la Corte IDH con fecha 27 de noviembre de 2003; la segunda, con fecha 17 de noviembre de 2004; la tercera, con fecha 14 de diciembre de 2007; la cuarta, con fecha 7 febrero de 2008; la quinta, con fecha 20 de noviembre de 2009, y la última, con fecha 14 de noviembre de 2010.

En la última sentencia de cumplimiento se determinó que el Estado peruano había cumplido parcialmente con el otorgamiento a Luis Alberto Cantoral Benavides de una beca de estudios superiores o universitarios en un centro de reconocida calidad académica.

Sin embargo, el Estado peruano tenía pendiente el cumplimiento de: a) el pago de un monto faltante por ajustes a los gastos de manutención generados durante el período de sus estudios; b) tratamiento médico y psicológico a la señora Gladys Benavides López, y c) obligación de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones cometidas en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides.³⁶

4.8. Caso Durand y Ugarte contra Perú

4.8.1. Reparaciones y costas

En el caso *Durand y Ugarte*, con fecha 3 de diciembre de 2001 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) pagar la cantidad de USD 125 000 a Virginia Bonifacia Ugarte Rivera de Durand y Nolberto Durand Vargas, padres de Nolberto Durand Ugarte y, a la vez, hermana y cuñado, respectivamente, de Gabriel Pablo Ugarte Rivera, a efectos de lo cual adoptaría las providencias necesarias para adelantar un pago parcial de la indemnización en ese año fiscal; b) proporcionar a los beneficiarios de las reparaciones las prestaciones de salud, de apoyo psicológico y desarrollo interpersonal y de apoyo en la construcción de un inmueble; c) publicar la sentencia de la Corte, dictada el 16 de agosto de 2000, en el *Diario Oficial El Peruano* y difundir su contenido en otros medios de comunicación que para tal efecto se estimen apropiados; d) incluir en la resolución suprema que disponga la publicación del acuerdo “una expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas por los graves daños causados” y una ratificación de la voluntad de que no volverán a ocurrir hechos de este género; e) investigar y sancionar a los responsables de los hechos, en virtud del punto resolutivo séptimo de la sentencia de fondo dictada por la Corte el 16 de agosto de 2000, y seguir impulsando la investigación que se tramita ante la 41 Fiscalía Penal de Lima, por el delito de homicidio en perjuicio de 30 personas, entre las

³⁶ Según lo dispuesto en los puntos resolutivos decimosegundo y noveno de las sentencias de fondo y de reparaciones, respectivamente, así como lo señalado en los párrafos considerativos 20 y 21 de la presente resolución.

cuales se encuentran Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, y f) realizar las diligencias concretas tendientes a establecer el lugar e identificar los cadáveres de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera para entregarlos a sus familiares.

4.8.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, la Corte IDH ha emitido dos sentencias de cumplimiento, la primera con fecha 27 de noviembre de 2002 y la segunda con fecha 5 de agosto de 2008.

En la última sentencia de cumplimiento se determinó que el Estado peruano tenía pendiente: a) difundir el contenido de la sentencia de la Corte dictada el 16 de agosto de 2000 en otros medios de comunicación que para tal efecto se estimaran apropiados; b) otorgar a los beneficiarios prestaciones de salud, desarrollo interpersonal y apoyo psicológico, así como darles apoyo en la construcción de un inmueble; c) investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, y seguir impulsando la investigación que se tramita ante la 41 Fiscalía Penal de Lima por el delito de homicidio en perjuicio de 30 personas, entre las cuales se encuentran Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte, y d) continuar realizando diligencias concretas tendientes a establecer el lugar e identificar los restos de Gabriel Pablo Ugarte Rivera, para entregarlos a sus familiares.

4.9. Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú

4.9.1. Reparaciones y costas

En el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, con fecha 8 de julio de 2004, la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores de las violaciones cometidas en perjuicio de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri; b) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos de este caso y de desagravio de las víctimas; c) publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta sentencia; d) dar oficialmente el nombre de Rafael Samuel Gómez Paquiyauri y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri a un centro educativo de la provincia de El Callao; e) establecer una beca de estudios hasta el nivel universitario en favor de Nora Emely Gómez Peralta y facilitar su inscripción como

hija de Rafael Samuel Gómez Paquiyauri; f) pagar la cantidad total de USD 240 500 o su equivalente en moneda peruana, por concepto de daño material;³⁷ g) pagar la cantidad de USD 500 000 o su equivalente en moneda peruana, por concepto de indemnización del daño inmaterial,³⁸ y h) pagar la cantidad de USD 30 000 o su equivalente en moneda peruana a los señores Ricardo Samuel Gómez Quispe y Marcelina Paquiyauri Illanes de Gómez, por concepto de gastos y costas procesales.

4.9.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, a la fecha la Corte IDH ha emitido tres sentencias de cumplimiento, la primera el 17 de noviembre de 2005, la segunda el 22 de septiembre de 2006 y la tercera el 3 mayo de 2008.

En la última sentencia de cumplimiento se determinó que el Estado peruano tenía pendiente el cumplimiento de: a) investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y, si corresponde, sancionar a todos los autores de las violaciones cometidas en perjuicio de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri; b) establecer una beca de estudios hasta el nivel universitario en favor de Nora Emely Gómez Peralta.

4.10. Caso De La Cruz Flores contra Perú

4.10.1. Reparaciones y costas

En el caso *De La Cruz Flores*, con fecha 18 de noviembre de 2004 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) pagar las cantidades fijadas en los párrafos 152 a 154 de la misma sentencia a las señoras María Teresa De La Cruz Flores, Alcira Domitila Flores Rosas, viuda de De La Cruz, y Alcira Isabel De La Cruz Flores, por concepto de daño material en los términos de dichos párrafos; b) pagar las cantidades fijadas en los párrafos 161 y 163 de la sentencia a los señores María Teresa De La Cruz Flores, Alcira Domitila Flores Rosas, viuda de De La Cruz, Alcira Isabel De La Cruz Flores, Celso Fernando De La

³⁷ En los términos de los párrafos 206, 208 y 210 de la presente sentencia.

³⁸ En los términos de los párrafos 217, 219 y 220 de la presente sentencia

Cruz Flores, Jorge Alfonso De La Cruz Flores, Ana Teresa Blanco De La Cruz, y Danilo Alfredo Blanco De La Cruz por concepto de daño inmaterial, en los términos de dichos párrafos; c) proporcionar atención médica y psicológica a la víctima mediante los servicios de salud estatales, incluyendo la provisión gratuita de medicinas; d) reincorporar a la señora María Teresa De La Cruz Flores a las actividades que como médico profesional venía desarrollando en instituciones públicas al momento de su detención; e) proporcionar a la señora María Teresa De La Cruz Flores una beca que le permita capacitarse y actualizarse profesionalmente; f) reinscribir a la señora María Teresa De La Cruz Flores en el correspondiente registro de jubilaciones; g) publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de circulación nacional tanto la sección denominada “Hechos probados” como los puntos resolutivos primero a tercero de la parte declarativa de la presente sentencia; h) pagar las indemnizaciones por daño material e inmaterial, así como la correspondiente de los gastos y costas procesales, e i) observar el principio de legalidad y de irretroactividad y las exigencias del debido proceso legal en el nuevo proceso que se le sigue a la señora De La Cruz Flores.

4.10.2. *Cumplimiento del Estado*

En el presente caso, a la fecha la Corte IDH ha emitido tres sentencias de cumplimiento, la primera del 23 de noviembre de 2007, la segunda del 21 de diciembre de 2009 y la tercera del 1 de septiembre de 2010.

En la última sentencia de cumplimiento se determina que el Estado peruano tenía pendiente el cumplimiento de: a) observar el principio de legalidad y de irretroactividad y las exigencias del debido proceso legal en el nuevo proceso que se le sigue a la señora De La Cruz Flores; b) proporcionar atención médica y psicológica a la víctima mediante los servicios de salud estatales; c) proporcionar a la señora De La Cruz Flores una beca que le permita capacitarse y actualizarse profesionalmente, y d) reinscribir a la señora De La Cruz Flores en el correspondiente registro de jubilaciones.

4.11. Caso Huilca Tecse contra Perú

4.11.1. Reparaciones y costas

En el caso *Huilca Tecse*, con fecha 3 de marzo de 2005 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la ejecución extrajudicial del señor Pedro Huilca Tecse; b) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con el presente caso y pedir una disculpa pública a los familiares de la víctima; c) publicar en el diario oficial y en otro diario de circulación nacional la sección denominada “Hechos establecidos” y la parte resolutiva de la presente sentencia; d) establecer una materia o curso sobre derechos humanos y derecho laboral que se denomine Cátedra Pedro Huilca; e) recordar y exaltar en la celebración oficial del 1 de mayo (Día del Trabajo) la labor del señor Pedro Huilca Tecse en favor del movimiento sindical del Perú; f) erigir un busto en memoria del señor Pedro Huilca Tecse; g) brindar atención y tratamiento psicológico a los familiares de la víctima, y h) pagar las cantidades fijadas en los párrafos 98 y 99 de la presente sentencia a los familiares de la víctima, por concepto de daño moral y material en los términos de los párrafos 92, 100, 101, 120 y 121 del mismo texto.

4.11.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, la Corte IDH ha emitido dos sentencias de cumplimiento, la primera con fecha 22 de septiembre de 2006 y la segunda con fecha 7 febrero de 2008.

En la última se determinó que el Estado peruano tenía pendiente el cumplimiento de: a) investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y, si corresponde, sancionar a los autores materiales e intelectuales de la ejecución extrajudicial del señor Pedro Huilca Tecse; b) establecer una materia o curso sobre derechos humanos y derecho laboral que se denomine Cátedra Pedro Huilca; c) recordar y exaltar en la celebración oficial del 1 de mayo de cada año (Día del Trabajo) la labor del señor Pedro Huilca Tecse en favor del movimiento sindical del Perú; d) erigir un busto en memoria del señor Pedro Huilca Tecse, y e) brindar atención y tratamiento psicológico a los familiares del señor Pedro Huilca Tecse.

4.12. Caso Gómez Palomino contra Perú

4.12.1. *Reparaciones y costas*

En el caso *Gómez Palomino contra Perú*, con fecha 22 de noviembre de 2005 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) investigar los hechos denunciados, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables; b) realizar con la debida diligencia las actuaciones necesarias tendientes a localizar y hacer entrega de los restos mortales del señor Santiago Gómez Palomino a sus familiares; c) publicar dentro del plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, al menos por una vez, en el *Diario Oficial* y en otro diario de circulación nacional, la sección denominada “Hechos probados” del capítulo VII; d) brindar gratuitamente, sin cargo alguno y por medio de sus instituciones de salud especializadas, tratamiento médico y psicológico a las señoritas Victoria Margarita Palomino Buitrón, Esmila Liliana Conislla Cárdenas, María Dolores Gómez Palomino, Luzmila Sotelo Palomino, Emiliano Palomino Buitrón, Mónica Palomino Buitrón, Rosa Palomino Buitrón y Margarita Palomino Buitrón, y la niña Ana María Gómez Guevara; e) disponer las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas; f) pagar las cantidades fijadas en el párrafo 129 de la misma sentencia por concepto de daño material, inmaterial y gastos procesales.

4.12.2. *Cumplimiento del Estado*

En el presente caso, hasta ahora la Corte IDH ha emitido cuatro sentencias de cumplimiento.³⁹ En la última, de fecha 5 de julio de 2011, se determina que el Estado peruano tiene pendiente: a) investigar efectivamente los hechos denunciados, así como identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones declaradas; b) realizar con la debida diligencia las actuaciones necesarias tendientes a localizar y hacer entrega de los restos mortales del señor Gómez Palomino a sus familiares; c) brindar sin cargo alguno y por medio de sus instituciones de salud especializadas tratamiento médico y psicológico a los deudos de las víctimas; d) adoptar las medidas necesarias para

³⁹ La primera, con fecha 18 de octubre de 2007; la segunda, con fecha 1 de julio de 2009; la tercera, con fecha 21 de diciembre de 2010, y la cuarta, con fecha 5 de julio de 2011.

reformar la legislación penal, a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas.

4.13. Caso Lori Berenson Mejía contra Perú

4.13.1. Reparaciones y costas

En el caso *Lori Berenson Mejía*, con fecha 22 de noviembre de 2005 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) adecuar su legislación interna a los estándares de la CADH, en los términos de los párrafos 233 y 234 de la presente sentencia, b) publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional tanto la sección denominada “Hechos probados” como la parte resolutiva de la misma sentencia; c) condonar a la señora Lori Berenson la deuda establecida como reparación civil a favor del Estado; d) tomar de inmediato las medidas necesarias para adecuar las condiciones de detención en el penal de Yanamayo a los estándares internacionales y trasladar a otras prisiones a quienes por sus condiciones personales no puedan estar recluidos a la altura de dicho establecimiento penal, y e) pagar la cantidad fijada en el párrafo 243 de la sentencia a los señores Rhoda y Mark Berenson por concepto de costas y gastos.

4.13.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, a la fecha la Corte IDH ha emitido dos sentencias de cumplimiento. La primera se dio con fecha 22 de septiembre de 2006 y la segunda con fecha 20 de junio de 2012. En la última se determina que el Estado peruano ha dado total cumplimiento a lo requerido, por lo que la Corte IDH ordena el archivo de la causa.

4.14. Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú

4.14.1 Reparaciones y costas

En el caso *García Asto y Ramírez Rojas*, el 25 de noviembre de 2005 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) proporcionar atención médica y psicológica sin cargo al señor Wilson García

Asto mediante sus servicios de salud, incluyendo la provisión gratuita de medicinas; b) proporcionar a los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas la posibilidad de capacitarse y actualizarse profesionalmente, mediante el otorgamiento de becas; c) pagar a los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas, en el plazo de un año, por concepto de indemnización por daño material, las cantidades fijadas en los párrafos 261, 262 y 263 de la presente Sentencia, d) pagar a los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas, Napoleón García Tuesta, Celia Asto Urbano, Elisa García Asto, Gustavo García, María Alejandra Rojas, Marcos Ramírez Álvarez y Santa, Pedro, Filomena, Julio, Obdulia, Marcelino y Adela, todos ellos Ramírez Rojas, en el plazo de un año, por concepto de la indemnización por daño inmaterial, la cantidad fijada en el párrafo 270, 271, 273 y 275 de la presente sentencia; e) pagar en el plazo de un año, por concepto de las costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la cantidad fijada en el párrafo 287 de la presente sentencia, y f) publicar en el plazo de seis meses, en el *Diario Oficial* y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta sentencia.

4.14.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, a la fecha la Corte IDH ha emitido dos sentencias de cumplimiento, la primera el 12 julio de 2007 y la segunda el 1 de julio de 2011.

En la última sentencia de cumplimiento se determinó que el Estado peruano tenía pendiente: a) proporcionar atención gratuita médica y psicológica al señor Wilson García Asto mediante sus servicios de salud, incluyendo la provisión gratuita de medicinas; b) proporcionar a los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas la posibilidad de capacitarse y actualizarse profesionalmente, mediante el otorgamiento de becas; c) pagar el daño inmaterial correspondiente al señor Marco Ramírez Álvarez, y d) publicar en un diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de la sentencia.

4.15. Caso Baldeón García contra Perú

4.15.1. Reparaciones y costas

En el caso *Baldeón García*, con fecha 6 de abril del 2006, la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía:⁴⁰ a) identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Baldeón García; b) publicar, en el plazo de seis meses, en el *Diario Oficial* y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de la misma sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutiva del fallo; c) realizar un acto de disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con las violaciones declaradas en la sentencia; d) designar una calle, plaza o escuela en memoria del señor Baldeón García; e) proveer tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico, según sea el caso, a los familiares de la víctima; f) pagar a los deudos el daño material causado;⁴¹ g) pagar a los deudos el daño inmaterial causado,⁴² y h) pagar, en el plazo de un año, las costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.⁴³

4.15.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, la Corte IDH ha emitido dos sentencias de cumplimiento, la primera con fecha 7 de febrero de 2008 y la segunda con fecha 3 de abril del 2009.

En la última sentencia de cumplimiento se determinó que el Estado peruano había cumplido con: a) publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de la sentencia y la parte resolutiva del fallo, y b) designar una calle en memoria del señor Baldeón García.

⁴⁰ Véanse los párrafos del 185 al 217, para mayor detalle de los fundamentos de lo resuelto en la sentencia de reparaciones.

⁴¹ Según el párrafo 187 de la sentencia de reparaciones, la Corte IDH determinó el pago de USD 100 000 por concepto de daño material causado.

⁴² De la misma manera, el párrafo 191 de la sentencia de reparaciones decretó que el Estado peruano debía pagar USD 100 000 por concepto de daño inmaterial causado.

⁴³ Se le ordena al Estado peruano que reintegre la cantidad de USD 5000 o su equivalente en soles peruanos al señor Crispín Baldeón Yllaconza, quien entregará a APRODEH la cantidad que estime pertinente para compensar los gastos realizados por esta ante las autoridades de la jurisdicción interna y externa.

De la misma forma se determinó el cumplimiento parcial de proveer tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico a los familiares de la víctima.

Tenía pendiente: a) emprender las acciones necesarias para identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Baldeón García (punto resolutivo octavo de la sentencia); b) realizar un acto de disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con las violaciones declaradas en la sentencia; c) pagar a los deudos los montos de indemnización establecidos en la sentencia por concepto de daño material e inmaterial, y d) pagar la cantidad fijada en el párrafo 209 de la sentencia por concepto del reintegro de las costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

4.16. Penal Miguel Castro Castro contra Perú

4.16.1. Reparaciones y costas

En el caso *Penal Miguel Castro*, el 25 de noviembre de 2006 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) identificar y, en su caso, sancionar a los responsables, para lo cual debía abrir los procesos pertinentes y conducir eficazmente los procesos penales que se encontraran en trámite, así como los que llegaran a abrirse, y adoptar todas las medidas necesarias que permitieran el esclarecimiento de los hechos del caso, con el propósito de determinar la responsabilidad intelectual y material de quienes participaron en dichas violaciones; b) establecer, en un plazo razonable, los medios necesarios para asegurar que la información y documentación relacionada con investigaciones policiales relativa a hechos muy graves se conservara de forma tal que fuera posible llevar a cabo las correspondientes investigaciones; c) garantizar de manera efectiva la entrega de los restos de la víctima Mario Francisco Aguilar Vega a sus familiares; d) adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para asegurar que todos los internos que fallecieron como consecuencia del ataque fueran identificados y sus restos entregados a sus familiares, de acuerdo con la legislación interna; e) realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con las violaciones declaradas en esta sentencia en desagravio a las víctimas y para satisfacción de sus familiares; f) brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido

por las víctimas y los familiares; g) diseñar e implementar, en un plazo razonable, programas de educación en derechos humanos dirigidos a agentes de las fuerzas de seguridad peruanas, sobre los estándares internacionales aplicables en materia de tratamiento de los reclusos; h) asegurar, dentro del plazo de un año, que todas las personas declaradas como víctimas fallecidas en la presente sentencia se encontraran representadas en el monumento denominado *El ojo que llora*, para lo cual debía coordinar con los familiares de las referidas víctimas la realización de un acto; i) publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta sentencia, y j) pagar las indemnizaciones por daño material, inmaterial y gastos y costas procesales.

4.16.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, la Corte IDH ha emitido a la fecha dos sentencias de cumplimiento, la primera el 28 de abril de 2009 y la segunda el 21 de diciembre de 2010.

En la primera se dispuso: a) requerir al Estado que adopte todas las medidas necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a la totalidad de los puntos resolutivos de la sentencia de fondo, reparaciones y costas en el presente caso, de acuerdo con lo considerado en aquella resolución y con lo estipulado en el artículo 68.1 de la CADH; b) solicitar al Estado que a más tardar el 1 de junio de 2009 presente su primer informe a la Corte IDH, en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con lo ordenado.

Finalmente, en la última sentencia resolvió: a) convocar al Estado del Perú, a la Com IDH y a la interviniente común de los representantes de las víctimas y sus familiares a una audiencia privada, con el objeto de que la Corte obtuviera información por parte del Estado sobre el cumplimiento de lo decretado. Esa reunión se celebró en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 2011.

4.17. La Cantuta contra Perú

4.17.1. Reparaciones y costas

En el caso *La Cantuta*, el 29 de noviembre de 2006 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual resolvió que el Estado peruano debía: a) completar

eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que fueran necesarios para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos en perjuicio de las víctimas; b) localizar los restos mortales de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Armando Richard Amaro Condor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana, entregarlos lo más pronto posible a sus familiares y cubrir los eventuales gastos de entierro; c) llevar a cabo, en el plazo de seis meses, un acto público de reconocimiento de responsabilidad; d) asegurar, dentro del plazo de un año, que las diez personas declaradas en la presente sentencia como víctimas ejecutadas o de desaparición forzada se encuentran representadas, si no lo estaban ya, en el monumento denominado *El ojo que llora*, en caso de que sus familiares así lo desearan, para lo cual debía coordinar con dichos familiares la realización de un acto; e) publicar, en el plazo de seis meses, en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 37 a 44 y 51 a 58 del capítulo relativo al allanamiento parcial y los hechos probados de la sentencia; f) proveer tratamiento psicológico a los deudos de las víctimas; g) implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos para los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; h) pagar las indemnizaciones por daño material, inmaterial y de gastos y costas procesales.

4.17.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, la Corte IDH ha emitido una sentencia de cumplimiento con fecha 20 de noviembre de 2009. En esta se determina que el Estado peruano tiene pendiente el cumplimiento de: a) realizar de inmediato las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar los que sean necesarios para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos en perjuicio de las víctimas del presente caso; b) proceder de inmediato a la búsqueda y localización de los restos mortales de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Armando Richard Amaro Condor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños

Figueroa y Felipe Flores Chipana, entregarlos prontamente a sus familiares y cubrir los eventuales gastos de entierro; c) publicar en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 37 a 44 y 51 a 58 del capítulo relativo al allanamiento parcial; d) proveer tratamiento psicológico a todos los familiares, previa manifestación de su consentimiento para estos efectos, por el tiempo que sea necesario; e) implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos para los miembros de los servicios de inteligencia estatales, y f) pagar las cantidades fijadas por concepto de compensación por daños materiales, indemnización por daño inmaterial y costas y gastos.

4.18. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz contra Perú

4.18.1. Reparaciones y costas

En el caso Cantoral Huamaní, con fecha 10 de julio del 2007, la Corte IDH emitió la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) investigar inmediatamente los hechos que generaron las violaciones del caso, e identificar, juzgar y, si corresponde, sancionar a los responsables,⁴⁴ b) publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los capítulos VII a X de la sentencia y sus puntos resolutivos; c) realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con las violaciones declaradas en la sentencia, en desagravio a las víctimas; d) otorgar una beca en una institución pública peruana en beneficio de Ulises Cantoral Huamaní, Pelagia Mélida Contreras Montoya de Cantoral y de los hijos de Saúl Cantoral Huamaní, que cubra todos los costos de su educación; e) posibilitar la continuación, por el tiempo que sea necesario, del tratamiento psicológico a los familiares de las víctimas; f) realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente sentencia por concepto de daños materiales, daños inmateriales y reintegro de costas y gastos procesales.⁴⁵

⁴⁴ En los términos de los párrafos 189 a 191 de la presente sentencia.

⁴⁵ Como lo indican los párrafos 159 y 160 y en la forma que establecen los párrafos 161, 171, 172, 174, 177, 180 a 183, 205 y 206 a 209 de la misma sentencia.

4.18.2. Cumplimiento del Estado

En el presente caso, la Corte IDH ha emitido tres sentencias de cumplimiento,⁴⁶ la última con fecha 22 de febrero de 2011.

En la última sentencia de cumplimiento se determinó que el Estado peruano había cumplido parcialmente con el pago de las cantidades establecidas en el párrafo 171, y en la forma prevista en los párrafos 161 y 172 de la sentencia, en favor de los familiares de las víctimas.

Sin embargo, el Estado peruano tenía pendiente el cumplimiento de: a) investigar inmediatamente los hechos que generaron las violaciones del caso, e identificar, juzgar y, si correspondiera, sancionar a los responsables; b) publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los capítulos VII a X de la sentencia y sus puntos resolutivos; c) realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con las violaciones declaradas; d) otorgar una beca en una institución pública peruana, en beneficio de los deudos; e) posibilitar la continuación, por el tiempo que fuera necesario, del tratamiento psicológico de los deudos, y f) cancelar el monto adeudado por reparaciones de daños materiales e inmateriales y gastos procesales.

4.19. Caso García Anzualdo Castro contra Perú

4.19.1. Reparaciones y costas

En el caso *García Anzualdo Castro*, con fecha 22 de septiembre de 2009 la Corte IDH emitió la sentencia de reparaciones y costas, en la cual se resolvió que el Estado peruano debía: a) conducir eficazmente los procesos penales que se encontraran en trámite o se llegaran a abrir en relación con la desaparición forzada de Kenneth Ney Anzualdo Castro, para determinar en un plazo razonable todos los responsables materiales e intelectuales de los hechos de este caso y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias previstas por la ley, para lo cual debería remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*; b) adoptar las medidas administrativas, legales y políticas públicas que

⁴⁶ La primera sentencia de cumplimiento fue emitida por la Corte IDH con fecha 28 de abril de 2009; la segunda, con fecha 21 de septiembre de 2009, y la tercera, con fecha 22 de febrero de 2011.

correspondieran, para determinar e identificar a personas desaparecidas durante el conflicto interno a través de los medios técnicos y científicos más eficaces y, en la medida de lo posible y científicamente recomendable, mediante la estandarización de los criterios de investigación, para lo cual se aconsejaba establecer un sistema de información genética que permitiera la determinación y el esclarecimiento de la filiación de las víctimas y su identificación; c) adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, la legislación penal en materia de desaparición forzada de personas, a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales; d) implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos destinados a los miembros de los servicios de inteligencia y las Fuerzas Armadas, así como a jueces y fiscales; e) realizar, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la propia sentencia, un acto público de reconocimiento de responsabilidad por la desaparición forzada de Kenneth Ney Anzualdo Castro y de desagravio para él y sus familiares; f) pagar a Feliz Vicente Anzualdo Vicuña, Marly Arleny Anzualdo Castro y Rommel Darwin Anzualdo Castro las cantidades fijadas en los párrafos 210, 214, 222 y 230 del mismo texto.

4.19.2. Cumplimiento del Estado

La Corte IDH no ha emitido aún decisiones de supervisión de cumplimiento de la sentencia.

5. Conclusiones

Para efectos de la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, el Estado peruano utiliza dos vías de perfeccionamiento. Por un lado, se encuentra la que exige que los tratados sean aprobados por el Congreso de la República, de manera previa a la ratificación presidencial (artículo 56.^º de la Constitución Política del Perú, procedimiento agravado), cuando la materia corresponda a derechos humanos, etcétera. Para las otras materias, el tratado se perfecciona con la simple ratificación del presidente de la República (artículo 57.^º, procedimiento simplificado).

Existe acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a que los tratados en materia de derechos humanos tienen rango constitucional. Es más, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha llegado a establecer que las

sentencias de la Corte IDH son una fuente de obligatoria observancia para la interpretación de los derechos constitucionales.

No existe discusión alguna en torno al carácter obligatorio que las decisiones, sentencias y medidas provisionales de la Corte IDH tienen para el Estado peruano en los procesos en los que este es parte. En cambio, las opiniones consultivas de la propia Corte, al igual que los informes y recomendaciones de la Com IDH, no son vinculantes.

Conforme al artículo 115 de la ley 28 237, Código Procesal Constitucional, las decisiones de la Corte IDH no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La ejecución de tales decisiones en el fuero interno está sometida al procedimiento previsto por la ley 27 775, Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución de Sentencias Emitidas por Tribunales Supranacionales.

Las 19 sentencias de la Corte IDH en las que el Estado peruano es la parte vencida no se limitan a ordenar consecuencias judiciales, reparaciones o indemnizaciones; también imponen otras medidas de naturaleza distinta, que son catalogadas como “de satisfacción y garantías de no repetición”, las cuales se traducen en programas de restitución de derechos ciudadanos, de reparaciones en educación, de reparaciones en salud, de reparaciones colectivas, de reparaciones simbólicas, de promoción y facilitación del acceso habitacional, etcétera.

Con base en el recuento efectuado en la parte 4 de este informe, de modo referencial puede sostenerse que el nivel de cumplimiento del Estado peruano de los fallos de la Corte IDH es cercano al 56 %. Las razones de este cumplimiento parcial no ha sido objeto de estudio en la literatura peruana, aunque queda claro que ello no obedece a la falta de un procedimiento de ejecución.

Jurisprudencia

1. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1.1. *Sentencias de excepciones preliminares*

Corte IDH, *Caso Cayara contra Perú. Excepciones preliminares*. Sentencia de 3 de febrero de 1993, serie C, n.º 14.

1.2. *Sentencias de fondo, reparaciones, costas y cumplimiento*

Perú

Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros contra Perú. Fondo*, sentencia de 19 de enero de 1995, serie C, n.º 20.

Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros contra Perú. Reparaciones y costas*, sentencia de 19 de septiembre de 1996, serie C, n.º 29.

Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2002.

Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de enero de 2009.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú. Fondo*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, serie C, n.º 34.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú. Reparaciones y costas*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C, n.º 43.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú. , Loayza Tamayo, Castillo Petrucci y otros, Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte de 1 de junio de 2001.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2011.

Corte IDH, Caso Loayza Tamayo contra Perú. Fondo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C, n.º 33.

Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones y costas*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C, n.º 42.

Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Cumplimiento de sentencia*, resolución de 17 de noviembre de 1999, serie C, n.º 60.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú, Loayza Tamayo, Castillo Petrucci y otros, Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte de 1 de junio de 2001.

- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de marzo de 2005.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de diciembre de 2007.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de febrero de 2008.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Fondo*, sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C, n.º 69.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Reparaciones y costas*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, serie C, n.º 88.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2007.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 febrero de 2008.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2009.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de noviembre de 2010.
- Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52.
- Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú. Cumplimiento de sentencia*, resolución de 17 de noviembre de 1999, serie C, n.º 59.
- Corte IDH, *Caso Castillo Páez contra Perú, Loayza Tamayo, Castillo Petrucci y otros, Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte de 1 junio de 2001.

- Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011.
- Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado contra Perú. Fondo*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, n.º 56.
- Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado contra Perú. Reparaciones y costas*, sentencia de 31 de mayo de 2001, serie C, n.º 78.
- Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004.
- Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de agosto de 2008.
- Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 2009.
- Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de febrero de 2010.
- Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte contra Perú. Fondo*, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C, n.º 68.
- Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte contra Perú. Reparaciones y costas*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, serie C, n.º 89.
- Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002.
- Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2008.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú. Fondo*, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75.
- Corte IDH *Caso Barrios Altos contra Perú (Chumbipuma Aguirre y Otros contra Perú). Reparaciones y costas*, sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, n.º 87.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2002.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú. Cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2003.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de agosto de 2008.

- Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 2009.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre del 2012.
- Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110.
- Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2005.
- Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 mayo de 2008.
- Corte IDH, *Caso De La Cruz Flores contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C, n.º 115.
- Corte IDH, *Caso De La Cruz Flores contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, *Caso De La Cruz Flores contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 2009.
- Corte IDH, *Caso De La Cruz Flores contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2010.
- Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C, n.º 119.
- Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de junio de 2012.
- Corte IDH, *Caso Huilca Tecse contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 3 de marzo de 2005, serie C, n.º 121.
- Corte IDH, *Caso Huilca Tecse contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, *Caso Huilca Tecse contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 febrero de 2008.
- Corte IDH, *Caso Gómez Palomino contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 136.
- Corte IDH, *Caso Gómez Palomino contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de octubre de 2007.

- Corte IDH, *Caso Gómez Palomino contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009.
- Corte IDH, *Caso Gómez Palomino contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio para el presente caso de 21 de diciembre de 2010.
- Corte IDH, *Caso Gómez Palomino contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de julio de 2011.
- Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, serie C, n.º 137.
- Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 julio de 2007.
- Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011.
- Corte IDH, *Caso Baldeón García contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 6 de abril de 2006, serie C, n.º 147.
- Corte IDH, *Caso Baldeón García contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 febrero de 2008.
- Corte IDH, *Caso Baldeón García contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.
- Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160.
- Corte IDH, *Caso Del Penal Miguel Castro Castro contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de abril de 2009.
- Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución del Presidente en ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de diciembre de 2010.
- Corte IDH, *Caso La Cantuta contra Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162.
- Corte IDH, *Caso La Cantuta contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2009.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz contra Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 10 de julio de 2007, serie C, n.º 167.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de abril de 2009.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2009.

Corte IDH, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz contra Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de febrero de 2011.

Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro contra Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de septiembre de 2009, serie C, n.º 2020.

Otros

Caso *Genie Lacayo contra Nicaragua. Solicitud de revisión de la sentencia de fondo, reparaciones y costas*, resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997, serie C, n.º 45.

Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.

2. Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú

Sentencia de 13 de julio de 2000, recaída en el expediente n.º 1277-99-AC/TC, *Caso Ana Elena Townsend Díez Canseco y Otros*.

Sentencia de 17 de abril de 2002, recaída en el expediente n.º 00218-2002-HC/TC, *Caso Jorge Alberto Cartagena Vargas*.

Sentencia de 8 de noviembre de 2005, recaída en el expediente n.º 5854-2005-PA/TC, *Caso Pedro Andrés Lizana Puelles*.

Sentencia de 24 de abril de 2006, recaída en el expediente n.º 047-2004-AI/TC, *Caso Gobierno Regional de San Martín*.

Sentencia de 25 de abril de 2006, recaída en los expediente n.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, *Caso Colegio de Abogados de Arequipa y Otro*.

Sentencia de 21 de julio de 2006, recaída en el expediente n.º 2730-2006-PA/TC, *Caso Arturo Castillo Chirinos*.

Sentencia de 19 de junio de 2007, recaída en el expediente n.º 00007-2007-PI/TC, *Caso Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República*.

Normativa

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950.

Zustimmungsgesetz, de 7 de agosto de 1952.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

Constitución Política del Perú, de 1993.

Reglamento del Congreso de la República del Perú, de 1995.

Ley 26647, Establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, de 26 de junio de 1996.

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

Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, de 7 de diciembre de 2002.

Decreto supremo 011-2004-PCM, Conforman comisión multisectorial de alto nivel encargada de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional, de 5 de febrero de 2004.

Decreto supremo 024-2004-PCM, Modifican el decreto supremo que conformó la comisión multisectorial de alto nivel encargada de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, reparación colectiva y reconciliación nacional, de 24 de marzo de 2004.

Ley 28237, Código Procesal Constitucional, de 28 de mayo de 2004.

Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 01 de julio de 2004.

Decreto supremo 031-2005-PCM, Modifican el decreto supremo 011-2004-PCM, que conformó comisión encargada del seguimiento de acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, reparación colectiva y reconciliación nacional, de 6 de abril de 2005.

Proyecto de ley 14659/2005-CR. (replanteados en el año 2007, bajo el número de 1707/2007-CR).

Ley 28592, Ley que Crea el Plan Integral de Reparaciones (PIR), 20 de julio de 2005.

Decreto supremo 015-2006-JUS, reglamento de la ley 28592, Ley que Crea el Plan Integral de Reparaciones, de 5 de julio de 2006.

Decreto legislativo 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, de 27 de junio de 2008.

Decreto supremo 051-2011-PCM, Decreto supremo que establece el plazo de conclusión del Proceso de determinación e identificación de los beneficiarios del Programa de Reparaciones Económicas y la oportunidad de otorgamiento de las reparaciones económicas, de 16 de junio de 2011.

Bibliografía

AMBOS, Kai, *Internationales Strafsrecht*, Múnich: Beck, 2.^a ed., 2008.

CASTILLO, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, tomo I, Lima: Palestra, 2.^a ed., 2006.

LANDA, César, “Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano”, en *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2007.

NOVAK, Fabián, y Elizabeth SALMÓN: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 1997.

SZCZEKALLA, Peter, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002.

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PENAL DE URUGUAY* **

Pablo Galain Palermo

RESUMEN. Este informe tiene como objetivo responder dos preguntas: ¿Uruguay está obligado a cumplir las decisiones y resoluciones de los principales órganos interamericanos de protección de los derechos humanos? ¿En qué argumentos jurídicos se fundamenta dicho cumplimiento? El análisis de esta cuestión comprende la recepción y ejecución por las autoridades nacionales de las decisiones interamericanas que incumben al Estado uruguayo en materia de responsabilidad por violaciones a la CADH. El informe no pretende expedirse sobre si la jurisprudencia uruguaya adhiere a los fundamentos o razones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sino a la cuestión específica de si la decisión misma ha sido cumplida o desatendida por el Estado uruguayo. Todo el análisis se lleva a cabo con una mirada crítica en relación con algunas exigencias de la Corte IDH referidas a cuestiones de derecho penal y de los derechos materiales y formales de los justiciables.

* Este trabajo fue escrito antes de que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay decretara la inconstitucionalidad de la ley 18831 por medio de la sentencia n.º 20, de 22.2.2013. Mi posición con relación a dicha sentencia se encuentra en <http://www.kas.de/wf/doc/9176-1442-4-30.pdf>.

** Cuenta Ángel de Saavedra y Ramírez de Baquedano, también conocido como el duque de Rivas, que Carlos I (Carlos V fuera de España) quiso obligar al conde de Benavente a alojar al primo de este, que había sido un traidor, pero con el que tenía comunes intereses políticos. Carlos I le ordenó al conde que alojara al primo, como voluntad mayestática que el conde debía cumplir. Ante la orden del rey, respondió: "Soy, señor, vuestro vasallo, / vos sois mi rey en la tierra, / a vos ordenaros cumple / de mi vida y de mi hacienda. // Vuestro soy, vuestra mi casa, / de mí dispone y de ella, / pero no toquéis mi honra / y respetad mi conciencia. // Mi casa borbón ocupe / puesto que es voluntad vuestra, / contamine sus paredes, / sus blasones envilezca, // que a mí me sobra en Toledo / donde vivir, sin que tenga / que rozarme con traidores, / cuyo solo aliento infesta. // Y en cuanto él deje mi casa, / antes de tornar yo a ella, / purificaré con fuego / sus paredes y sus puertas". Y culmina el romance tercero: "Quedó absorto Carlos Quinto / de ver tan noble firmeza, / estimando la de España / más que la imperial diadema". Véase Ángel de Saavedra, *Un castellano leal* (romance tercero), <http://www.camagueycuba.org/cienpoesias/75.html>. Agradezco a Gastón Chaves la cita literaria y a Gustavo Rojas Paez por la sugerente discusión.

Palabras clave: interpretación judicial, ejecución, derechos humanos, principios superiores del derecho, justicia.

ABSTRACT. This report seeks to answer two questions: Does Uruguay have an obligation to comply with the decisions and resolutions issued by the main bodies of the Inter-American human rights protection system? What are the legal arguments for compliance? The analysis must include consideration of the reception and enforcement by national authorities of Inter-American decisions involving the Uruguayan State's responsibility for violations of the American Convention on Human Rights. The paper does not express an opinion about whether Uruguayan judges observe the legal bases or the reasons of the Inter-American human rights protection system. Rather, it focuses on the specific matter of whether the decision itself has been complied with or ignored by the Uruguayan State. It casts a critical eye on some of the Inter-American Court's requirements regarding aspects of criminal law as well as the substantive and procedural rights of triable persons.

Keywords: judicial interpretation, enforcement, human rights, overriding principles of law, justice.

ZUSAMMENFASSUNG. In diesem Beitrag soll zwei Fragen nachgegangen werden: Ist Uruguay zur Umsetzung der Entscheidungen und Beschlüsse der wichtigsten interamerikanischen Organe zum Schutz der Menschenrechte verpflichtet? Wie lässt sich eine solche Umsetzungspflicht juristisch begründen? Die Untersuchung behandelt die Anerkennung und Umsetzung von Entscheidungen des interamerikanischen Systems, die Uruguay für Verletzungen der AMRK verantwortlich machen, durch die zuständigen innerstaatlichen Behörden. Es soll nicht zu der Frage Stellung genommen werden, ob die uruguayische Rechtsprechung die grundsätzlichen Erwägungen und Motive teilt, die dem interamerikanischen System zum Schutz der Menschenrechte zugrundeliegen. Der Beitrag beschränkt sich auf die Frage, ob der uruguayische Staat einzelne Entscheidungen umgesetzt hat oder nicht. Die Analyse nimmt kritisch Stellung zu bestimmten Aussagen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu strafrechtlichen Fragen sowie zu materiellen und prozessualen Rechten der Beschuldigten.

Schlagwörter: Richterliche Auslegung, Umsetzung, Menschenrechte, oberste Grundsätze des Rechts, Gerechtigkeit.

1. Introducción

1. Esta contribución consta de dos secciones que no están directamente relacionadas entre sí, pero que son necesarias para explicar la ejecución de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por medio de los órganos

judiciales uruguayos. En la primera parte explica la incorporación y recepción del derecho internacional de derechos humanos en el orden interno, y en la segunda parte analiza los efectos de estas decisiones en el ordenamiento penal material y formal, en la praxis jurisprudencial y en los otros poderes del Estado.

2. El concepto de *decisión* y de *resolución* se considera de forma amplia y guarda relación con todo aquello que ha sido ordenado o resuelto por la Corte IDH como reparación en un caso contencioso (la parte resolutiva de la sentencia), con lo aconsejado por la Corte IDH en una opinión consultiva, y con lo recomendado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) al término de un informe (artículos 50 y 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]). Por cuestiones de tiempo y espacio el informe se concentra en las resoluciones firmes de la Corte IDH contra Uruguay, en particular en la sentencia del caso *Gelman*. De este modo, el objetivo final no pretende definir si existe una tendencia de cumplimiento o incumplimiento, sino determinar si Uruguay ha cumplido con la sentencia del caso *Gelman*.

2. La relación entre Uruguay y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos

1. Uruguay está sometido a la legalidad nacional e internacional por medio del principio de legalidad,¹ pero, principalmente, está sometido a principios democráticos y de justicia que tienen que ser considerados al momento de la interpretación y aplicación del derecho en general.² La República Oriental del Uruguay tiene una larga historia democrática y se ha caracterizado por el respeto del principio del Estado de derecho (*rule of law*); de allí la temprana vocación de adherir a la casi totalidad de los tratados y convenciones internacionales relativos a los deberes de protección de los derechos humanos.³

¹ Véase Pablo Galain Palermo, "Principle of legality (*nullum crimen sine lege*) in Uruguay", en U. Sieber, S. Forster y K. Jarvers (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, vol. 2.1, Berlín: Duncker & Humblot, 2011, pp. 137 ss.

² El principio general de derecho internacional en esta materia es el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que exige a los Estados partes en un tratado el cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas (*pacta sunt servanda*).

³ Uruguay es miembro fundador de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 26.06.1945) y de la Organización de Estados Americanos (OEA, 05.05.1948), y fue el primer Estado en el mundo en aceptar sin reservas la jurisdicción obligatoria Corte Permanente de Justicia (CPJ) y de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En cuanto refiere a la protección de los derechos humanos, adhirió a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 2.5.1948) y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 10.12.1948). La ley 13.482 ratificó

Así, el 11 de junio de 1969 ratificó e introdujo en el ordenamiento jurídico nacional (ley 13751) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo facultativo, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴ En cuanto al derecho penal internacional y la prohibición de cometer crímenes internacionales, Uruguay adhirió al Estatuto de Roma el 19 de diciembre de 2000 y lo ratificó el 28 de junio de 2002. La ley 18026, de 25 de setiembre de 2006, implementó en el orden jurídico nacional los crímenes internacionales competencia de la Corte Penal Internacional y las reglas de colaboración con la Corte.⁵

2. El tratado interamericano que dio nacimiento a la CADH (Pacto de San José de Costa Rica) tuvo lugar el 22 de noviembre de 1969; la CADH entró en vigor el 18 de julio de 1978 (artículo 74.2) y la Corte IDH entró en vigencia en 1979.⁶ Uruguay adhirió a este tratado y lo ratificó mediante la ley 15737, el 8 de marzo de 1985.⁷ A partir de la

la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG, 30.6.1966); la ley 13751 implementó el Pacto Internacional y Protocolos Adicionales sobre Derechos Humanos y Derechos Civiles y Políticos (PIDHDCP, 11.7.1969). Uruguay ratificó la Convención de La Haya de 1907 y de 1954, las cuatro Convenciones de Ginebra (ratificadas en 1864, 1906, 1929 y 1949) y sus Protocolos adicionales (I, II de 1977 y III de 2005). La ley 16294 ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST, 11.8.1992); la ley 15798 ratificó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTOTPCID, 19.3.1996) y la ley 17914 (28.10.2005) ratificó el Protocolo de la Asamblea General de la ONU relativo a este crimen. Uruguay adhirió a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) el 9.12.1985, que entró a regir el 28.2.1987. La ley 17347 ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGCLH, 13.06.2001, publicada en el *Diario Oficial* el 19.6.2001); mientras que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) fue ratificada en 1994. Véase Pablo Galain Palermo, "Comparative legal classification and international ties in Uruguay", en U. Sieber, K. Jarvers y E. Silvermann (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Berlín: Duncker & Humblot, en prensa.

⁴ Asamblea General de Naciones Unidas (16.12.1966). Con el regreso de la democracia, entre otros, en diciembre de 1985 fue ratificada la CTOTPCID; la ley 16279 implementó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a Abolir la Pena de Muerte, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15.12.1989. La ley 17914 implementó el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18.12.2002.

⁵ Véase Pablo Galain Palermo, "Uruguay", en K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnick (eds.), *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: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 403 ss.

⁶ La CADH se registró en la ONU el 27.8.1979 con el número 17955.

⁷ La ley 15737 fue publicada en el *Diario Oficial* el 22.3.1985. El instrumento de ratificación de 26.3.1985 fue depositado el 19.4.1985 en la Secretaría General de la OEA. Según el sitio web de la Corte IDH, Uruguay firmó el tratado el 22.11.1969, ratificó la adhesión el 26.3.1985, depositó el tratado el 19.4.1985, que es la fecha en la que se considera que aceptó la competencia de la Corte IDH y la Com IDH. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>. Esta fue la misma ley que amnistió a los presos políticos de la dictadura cívico-militar, una ley con una carga simbólica de real significación respecto a la protección de los derechos humanos. A partir de este momento en Uruguay se adquirió una visión de los derechos humanos relacionada con los presos políticos, pero alejada de los ciudadanos. Hace falta

sanción de esta ley Uruguay aceptó la jurisdicción de la Corte IDH⁸ y del órgano político del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Com IDH.⁹ Así las cosas, a partir del 8 de marzo de 1985 Uruguay se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁰ y tiene que cumplir sus resoluciones.¹¹

3. El orden jerárquico nacional ubica a la Constitución en la cúspide de la pirámide jurídica, seguida en su orden por la ley y los decretos. Hasta hace muy poco tiempo los tratados internacionales habían sido jerarquizados por debajo de la Constitución y con el mismo rango que la ley; por ende, sometidos a la regla de la temporalidad (ley posterior deroga ley anterior).¹² En el ordenamiento jurídico uruguayo la Suprema

una visión amplia de los derechos humanos para situaciones cotidianas en las que el Estado democrático lesiona los derechos protegidos en la CADH. El mejor ejemplo es la sistemática violación de la CADH llevada a cabo por los jueces uruguayos en la aplicación de los derechos de la defensa durante los procesos penales por delitos comunes. En cuanto a la adhesión al sistema interamericano, Uruguay ratificó la CADH bajo condición de reciprocidad: "En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el gobierno de la República Oriental del Uruguay declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco, párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos".

⁸ Véase que la Corte IDH tiene potestades para determinar el alcance de su propia competencia (artículo 62.3 CADH), a la que Uruguay se ha sometido voluntariamente. Ahora bien, la interpretación de la CADH debe llevarse a cabo según su objeto y fin, y si bien no está sujeta a limitaciones que no hayan sido específicamente determinadas por los Estados de acuerdo a los términos del artículo 62 CADH, los jueces de la Corte IDH son intérpretes y no legisladores en la materia.

⁹ Reconocimiento de competencia: En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Oriental del Uruguay declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *por tiempo indefinido* y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la *interpretación o aplicación* de esta Convención, *bajo condición de reciprocidad*, de acuerdo a lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>.

¹⁰ Este *sometimiento* a la competencia del sistema interamericano abarca las recomendaciones de la Com IDH y las sentencias de la Corte IDH. Del mismo modo, se somete a la interpretación que hace la Corte IDH del texto de la CADH no solo en los casos en los que Uruguay es parte denunciada, sino en todos los casos sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH.

¹¹ Así opina la doctrina. Véase Martín Risso, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)", *Estudios Jurídicos*, 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, p. 75; Daniel Ochs Olazábal, "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay", *La Ley Uruguay*, IV, 7, julio 2011, p. 881; Mariana Blengio Valdés, "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman contra Uruguay", *Revista de Derecho Público*, 39, Montevideo, 2011, p. 146, y la jurisprudencia, por todos, SCJ, sentencia 365/2009 (caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*).

¹² La mayoría de la doctrina uruguaya asume la pirámide kelseniana, que ubica a la Constitución por encima de cualquier otro instrumento jurídico. Por todos, Daniel Martins, "La supremacía de la Constitución y la ley de ordena-

Corte de Justicia (SCJ) es el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad de la ley, así como también el control de convencionalidad entre las leyes nacionales y el texto de la CADH.¹³ La jurisprudencia más reciente de la SCJ ha dado por culminada la disputa teórica en relación al valor de los tratados internacionales (sentencia SCJ 365/2009, caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*) y ha puesto coherencia en el “ordenamiento” jurídico uruguayo, muchas veces sometido por políticas (jurídicas, criminales) dominadas por la oportunidad para brindar “respuestas” a problemas concretos que han traído como consecuencia un orden jurídico deslavazado, que es aplicado sin uniformidad de criterios.¹⁴

4. En el ordenamiento jurídico uruguayo no existe ninguna norma que determine la forma de cumplimiento de las decisiones de los órganos supranacionales de contralor de los derechos humanos.¹⁵ La puerta de entrada de las decisiones relacionadas con

miento territorial”, en María Vázquez (coord.), *Estudios en homenaje al Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011, p. 519; José Korzeniak, “La interpretación en la teoría pura del derecho de Kelsen”, ibidem, pp. 1049 ss. La jurisprudencia, a partir de la sentencia de la SCJ en el caso *Sabalsagaray*, de 2009, ha comenzado a aceptar la validez supralegal de los instrumentos de protección de los derechos humanos.

¹³ Según se desprende del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del caso *Almonacid Arellano*: “El ‘control de convencionalidad’ es definido entonces como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex officio por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte”. Juana María Ibáñez Rivas, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos* 2012, p. 108, <http://www.revfo-no.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>. La Corte IDH reitera estos parámetros en el caso *Gelman contra Uruguay* (fondo y reparaciones), sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, § 193, aunque agrega que en “las instancias democráticas” también debe primar un “control de convencionalidad”, cuya aplicación caracteriza como “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (§ 240).

¹⁴ Esta política criminal del *golpe y porrazo*, sin embargo, no explica la coexistencia en un mismo orden jurídico de un Código General del Proceso que es un código procedimental tipo o modelo para toda Iberoamérica (CGP) y un Código del Proceso Penal (CPP) promulgado durante la dictadura (1980) que viola la CADH. Véase Com IDH, Informe 86/09, caso 12553 (fondo), *Jorge, José y Dante Peirano Basso contra República Oriental del Uruguay*, 6.8.2009 <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>.

¹⁵ El cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos de protección es un problema que no tiene solución en el texto de la CADH y que depende de la buena disposición de cada Estado en la observancia de sus obligaciones internacionales. Véase que la primera sentencia de la Corte IDH (caso *Velázquez Rodríguez contra Honduras*), emitida el 21.7.1989, fue cumplida recién el 10.9.1996. Sobre el tema, Salvador Mondragón, *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Porrúa, 2007, pp. 51 ss., 59. Según la doctrina uruguaya, las sentencias de la Corte IDH tienen que ser cumplidas en el orden interno por la Administración, que tiene que utilizar todos los medios disponibles para ejecutarlas, de modo de no incurrir en denegación de justicia. Véase Graciela Ruocco, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la sentencia anulatoria”, en Carlos Delpiaggio (coord.), *Transformaciones actuales de Derecho Administrativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010, p. 88.

los derechos inherentes a la personalidad humana está compuesta por el artículo 72¹⁶ y el artículo 332 de la Constitución.¹⁷ La conclusión más relevante es que las decisiones interamericanas deben ser integradas al ordenamiento jurídico uruguayo como si se tratara de la integración de normas constitucionales, que el vacío legal no impedirá el cumplimiento de tales decisiones¹⁸ y que, por lo tanto, estas cuestiones tienen jerarquía supralegal.

5. El cumplimiento y la ejecución de las sentencias de la Corte IDH son materia del derecho interno (artículo 68 CADH) y deben llevarse a cabo por los órganos encargados del control de convencionalidad de la normativa nacional con el derecho internacional.¹⁹

¹⁶ Véase José Cagnoni y Mariana Blengio, "Los derechos humanos en la Constitución", en Mariana Blengio, *Código de Derechos Humanos*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 31; Martín Risso, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2.^a ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011, pp. 32 ss. Sin embargo, hay quienes, aun aceptando que dicho artículo 72 es la puerta de entrada al sistema nacional, no admiten jerarquía constitucional a los tratados internacionales. Véase Héctor Gros Espiell, "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 155. Lo interesante es que ese artículo fue incorporado en la Constitución de 1918 y desconocido o no aplicado durante décadas, a tal punto que recién a fines de los cincuenta adquirió importancia teórica y solo en la primera década del siglo XXI tuvo importancia práctica. Esta norma responde a dos filosofías políticas antagónicas: el liberalismo personalista y el republicanismo. Según Sarlo, se trata de un tipo ideal cuya invocación retórica sin mayor justificación filosófico-política puede derivar en una arbitrariedad. Véase Óscar Sarlo, "Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho", en María Vázquez (coord.), o. cit. (nota 12), p. 1099.

¹⁷ Artículo 332 de la Constitución uruguaya: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas". Según este artículo, las decisiones de los órganos interamericanos que reconozcan derechos a los individuos y/o que impongan deberes a las autoridades públicas tienen que ser aplicados como dispongan las leyes o, en su defecto, los principios generales del derecho e incluso la doctrina.

¹⁸ Incluso ante un vacío legal la Constitución no establece preferencia entre las distintas formas de integración. Véase José Korzeniak, o. cit. (nota 12), p. 1055.

¹⁹ La Corte IDH supervisará, por medio de audiencias de supervisión, el cumplimiento de sentencias, y en caso de incumplimiento podrá denunciarlo ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su informe anual (artículo 65). Para los incumplimientos estatales de las sentencias de la Corte IDH no hay un mecanismo de ejecución internacional ni se disponen las sanciones del caso, mientras que en el ámbito de la Com IDH se aplica el artículo 51 de la CADH. En realidad las consecuencias del incumplimiento de una sentencia de la Corte IDH son políticas; tienen que ver con las relaciones internacionales y con la posición del Estado en el orden internacional. Lo que no resulta del todo claro es si estos controles de convencionalidad también incluyen las interpretaciones del texto de la CADH que realice la Corte IDH.

3. Dictámenes del sistema interamericano sobre Uruguay

1. Uruguay ha sido condenado en dos oportunidades por la Corte IDH. La primera condena tuvo lugar el 24 de febrero de 2011 por un crimen de lesa humanidad en el marco del Plan Cóndor (caso *Gelman contra Uruguay*) y la segunda el 13 de octubre del mismo año, por la falta de protección material de los justiciables con relación al sistema jurídico uruguayo (caso *Barbani Duarte y otros contra Uruguay*).²⁰

2. El sistema interamericano de derechos humanos ha servido para crear conciencia en Uruguay respecto a la debida protección de los derechos de todos los justiciables frente al Estado, así como para que se preste mayor atención a las víctimas de los delitos, principalmente cuando el autor es el Estado devenido en criminal (caso *Gelman*) o cuando el Estado deja de ser garante en la protección y satisfacción de los intereses de los individuos que habitan su territorio (caso *Barbani Duarte y otros*).²¹ Junto con estas condenas hay que valorar la resolución 86/09 de la Com IDH (caso *Jorge, José y Dante Peirano Basso*), que obliga al Uruguay a modificar su sistema procesal penal para ajustarlo a la CADH. Todas estas decisiones han sido fundamentales para que la SCJ planteara la adecuación de la justicia uruguaya a la nueva interpretación de los derechos humanos, para la reconsideración de las víctimas de los delitos y para que en Uruguay se considere necesario el respeto de los derechos humanos de las personas sometidas a la justicia penal.

3. Entre los aspectos fundamentales de la sentencia del caso *Gelman*, la Corte IDH ordenó al Uruguay remover el obstáculo jurídico que significa la Ley 15 848, de 22 de diciembre de 1986, conocida como Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley de Caducidad), para que fuera posible sin previa decisión política del Poder Ejecutivo la persecución penal de las violaciones contra los derechos humanos.²² En

²⁰ *Barbani Duarte y otros contra Uruguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 13 de octubre de 2011, serie C, n.º 234.

²¹ Esta sentencia de condena es muy oportuna para obligar al Poder Judicial a llevar a cabo juicios de control de convencionalidad que devienen necesarios en un país que no se caracteriza por la eficiencia y la racionalidad en sus políticas legislativas.

²² Esta ley, contraria a la Constitución desde su promulgación, pretendió evitar un posible levantamiento de las fuerzas armadas contra el accionar de la justicia penal una vez recuperada la democracia. La ley tenía que cumplir con un objetivo político y así fue interpretado por la SCJ al resolver la solicitud de inconstitucionalidad en 1988, que en decisión dividida descartó que se tratara de una amnistía y que fuera contraria a la Constitución. Véase Gonzalo Fernández, "Uruguay", en A. Eser, U. Sieber y J. Arnold (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemumrecht. Vergleichende*

sentencia de febrero de 2011 la Corte IDH determinó la nulidad de la Ley de Caducidad uruguaya por su contrariedad con la CADH, considerando que esa norma no pudo surtir ningún efecto, y ordenó al Estado uruguayo no solo removerla del orden jurídico sino también eliminar todos los obstáculos que impidan la investigación de los hechos y la condena de los autores de los delitos (§ 254). Dicha sentencia fue todavía más allá en sus consideraciones y soslayó incluso la imputación penal que hubiera correspondido aplicar a los presuntos autores; es decir, la Corte IDH no solo condenó al Estado uruguayo por la grave violación de los derechos de las víctimas, sino que sugirió incluso la imputación penal de los individuos que las cometieron.²³ De esta manera la Corte IDH ingresa al ámbito jurídico penal y a juzgar conductas individuales, propone la condena de determinados sujetos y sugiere incluso la imputación respectiva.

Así, para una conducta criminal que tuvo un comienzo de ejecución en la década del setenta, la Corte IDH propone la imputación del crimen de desaparición forzada de personas (incorporado en el ordenamiento jurídico uruguayo por la ley 18 026, de 2006), sin resolver previamente la cuestión dogmática acerca de la naturaleza penal de este delito y sobre el posible impedimento de la prohibición de irretroactividad de la ley penal. Además, la Corte IDH exige la remoción de cualquier obstáculo legal que impida la persecución penal de los autores de crímenes internacionales o de graves violaciones a los derechos humanos cometidas décadas atrás.²⁴ Es decir, la Corte IDH predispone a la jurisdicción penal uruguaya a un conflicto interno con las disposiciones jurídicas nacionales que serán aplicadas según una interpretación “más flexible” o, incluso, *prajudicio reo* de los principios y garantías que tienen los justiciables, para cumplir con un

Einblicke in Transitionsprozesse, vol. 11, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, pp. 446 ss.; “Uruguay”, en J. Arnold, J.-M. Simon y J. Woischnick (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: UNAM, 2006, p. 264; Pablo Galain Palermo, “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011, pp. 221-270. La ley también sobrevivió al pronunciamiento popular del referéndum de 1989, y la mayoría de la SCJ coincidió con el pueblo uruguayo. Veinte años después (17.10.2009) la SCJ cambió de opinión y declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la ley (caso *Sabalsaguaray*). Una semana después, un plebiscito volvió a refrendar la vigencia de la ley, rompiendo esta vez con el consenso entre la opinión judicial y la voluntad popular. El 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, mediante el mecanismo de “iniciativa popular”, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declararía nula la ley, propuesta que solo alcanzó el 47,7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada. Véase Corte IDH, caso *Gelman*, cit., § 149.

²³ Véase Pablo Galain Palermo, “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

²⁴ Más adelante haré referencia a estos y otros aspectos de esta sentencia de condena que no se condicen con el texto de la CADH en cuanto a las atribuciones de la Corte IDH y en cuanto a una posible lesión del artículo 9 de la CADH.

objetivo punitivo que está legitimado por una obligación internacional del Estado de satisfacer los derechos de las víctimas. En este caso, un derecho de la víctima al castigo del delincuente.²⁵

4. Por lo general, las observaciones de la Com IDH²⁶ (y de otros organismos de derechos humanos de la órbita de la ONU) contra el Uruguay se han centrado en la existencia de la Ley de Caducidad, que se considera un obstáculo a la investigación penal de graves violaciones de los derechos humanos.²⁷ En ese sentido la sentencia del caso *Gelman* se puede considerar como el punto culminante o el golpe de gracia contra este mecanismo de justicia de transición.

5. La segunda sentencia de condena provino del caso *Barbani Duarte y otros contra Uruguay*, por violaciones contra el debido proceso en relación con la crisis bancaria y económica durante 2002, principalmente por violación al derecho de las víctimas a ser oídas en el ámbito de protección material (artículo 8.1 CADH). En ese sentido este derecho implica no solo “un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales”; también “ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”. De esta manera, el Estado no cumple con sus

²⁵ Sobre el tema, en sentido negativo, Winfried Hassemer y Jan Philipp Reemtsma, *Verbrechensopfer-Gesetz und Gerechtigkeit*, Múnich: Beck, 2002; Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

²⁶ La Com IDH sostuvo que la Ley de Caducidad es violatoria del artículo XVIII de la DADDH, así como de los artículos 11, 8.1 y 25.1 de la CADH. Informe 29/92, Uruguay, OEA/Ser.1/V/II/82, Doc. 25 de 02.10.1992, § 54.

²⁷ El Comité de Derechos Humanos de la ONU se pronunció en diversas oportunidades sobre la incompatibilidad de la referida ley con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), tanto en observaciones generales al Estado uruguayo como en casos concretos presentados ante el órgano. El comité alienta al Estado parte a que promueva y facilite oportunidades para examinar la cuestión dentro del país, a fin de encontrar una solución que se ajuste plenamente a las obligaciones que incumben a Uruguay en virtud del Pacto. Véanse las observaciones del Comité de Derechos Humanos del 19 de julio de 1994 sobre la comunicación 322/88 presentada por Hugo Rodríguez. Véase José Cagnoni y Mariana Blengio, o. cit. (nota 16), p. 32; reiterado en la observación final del Comité de Derechos Humanos de abril de 1998 (ibidem, p. 15). La Ley de Caducidad ha dominado la discusión política y jurídica durante todo el proceso de justicia de transición uruguayo. En realidad ella no puede ser considerada una amnistía sino, como me he pronunciado, un mecanismo de justicia de transición. Véase Pablo Galain Palermo, “La justicia de transición...”, o. cit. (nota 22), p. 258; “Transitional Justice in Uruguay: Different Mechanisms Used by Uruguay as a Reaction against Crimes Committed in the Past”, *International Crime & Punishment Film Festival, 23-30 September 2011, Academic Papers*, University of Istanbul, p. 146. Sobre el tema, Francesca Lessa y Gabriela Fried, “Las múltiples máscaras de la impunidad: la Ley de Caducidad”, en Francesca Lessa y Gabriela Fried (comps.), *Luchas contra la impunidad. Uruguay 1985-2011*, Montevideo: Trilce, 2011, pp. 31 ss.; Elin Skaar, “Impunidad versus responsabilidad jurídica: el rol de la Ley de Caducidad en Uruguay”, ibidem, pp. 135 ss.

obligaciones de un proceso ajustado a derecho brindando a los justiciables determinados procedimientos sino solo cuando estos se ajustan a la finalidad para la que fueron creados. Algo así como que los procedimientos ofrecidos sean eficaces o sirvan para producir los resultados que se enuncian previamente como aptos para ser alcanzados mediante este procedimiento.²⁸

6. Así las cosas, el sistema interamericano exige al Uruguay determinados estándares en su normativa que requieren de controles permanentes y de la consiguiente adecuación al texto de la CADH para que no exista violación de los derechos humanos. La sentencia del caso *Barbani* y la resolución de la Com IDH en el caso *Peirano Basso* respecto a la adaptación del proceso penal uruguayo al texto de la CADH son la muestra más evidente de que Uruguay tiene que cumplir con el control de convencionalidad de parte de su orden jurídico con relación al texto de la CADH.²⁹

4. La relación entre la obligación de cumplir con los dictámenes y condenas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el orden jurídico nacional

1. El Uruguay tiene una historia apegada al Estado de derecho y al respeto de los derechos humanos, incluso como impulsor de muchos de esos tratados en el ámbito internacional. El mayor distanciamiento entre el Estado y el respeto por los derechos individuales se produjo con la dictadura cívico-militar (1973-1985), que dejó como legado el sistema procesal penal vigente. Las graves violaciones cometidas durante ese período dieron lugar a reclamos de las víctimas, dictámenes de los organismos internacionales e incumplimientos (o cumplimientos parciales) por el Estado uruguayo de

²⁸ Esta decisión puede ser de singular importancia en un país como Uruguay, enfermo legalmente de trámites burocráticos innecesarios y disposiciones normativas que no permiten o no son aptas para cumplir con los objetivos por los que fueron legitimadas con fuerza de ley.

²⁹ En particular Uruguay ha sido condenado a remover disposiciones como la ley 17613, que instauran procedimientos especiales administrativos que no sirven o no son adecuadas para cumplir con la finalidad para la que fueron creados. Se ha dicho: "El análisis elaborado en este caso apunta a que la relación entre la naturaleza de los tribunales y el derecho a ser oído de los justiciables debe guardar coherencia y utilidad, pues ignorar el objetivo para el cual fue creado un órgano que determina derechos y obligaciones entorpece el ejercicio mismo del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8 de la Convención". Elizabeth Salmón y Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima: Universidad Católica del Perú y Agencia Alemana para la Cooperación Técnica (GIZ), 2012, p. 121.

sus obligaciones relacionadas con el cuidado de los derechos humanos. El déficit que existe en Uruguay respecto a la protección de los derechos humanos es normativo (su principal ejemplo es el Código del Proceso Penal) y ejecutivo, si bien en este último aspecto los mayores o menores índices de cumplimiento o ejecución han variado con el tiempo y con las relaciones de poder.³⁰ Los acontecimientos históricos muestran que durante los primeros años del proceso de justicia de transición el Estado uruguayo se ocupó de la reparación de las víctimas, del funcionamiento de las instituciones del Estado de derecho y de la pacificación social, sacrificando el conocimiento de la verdad³¹ y el castigo de los culpables.³² El reclamo de las víctimas por “verdad y justicia” y la interpretación del concepto de justicia como “juicio y castigo a los culpables” fueron rápidamente incluidos en las demandas de respeto y prevención de los derechos humanos a ser satisfechas por el derecho penal, lo que dio lugar a una política de lucha contra una impunidad que parecía endémica.³³ De este modo, los derechos humanos, la lucha contra la impunidad y la satisfacción de las víctimas se mezclaron en un mismo

³⁰ El Uruguay se retrasa en la presentación de informes ante los distintos comités de la ONU, lo que impide un seguimiento de los órganos de supervisión que determine el estado de observancia de los diversos tratados de derechos humanos, la situación real de protección y las políticas públicas. http://www.ielsur.org/desarrollo/documentos/armonizacion_legislativa.pdf. En mi opinión, el déficit es también normativo, especialmente en la materia penal y en la desprotección de las víctimas del delito, no solo por un sistema penal centrado casi exclusivamente en la privación de libertad del autor, que impide formas de resolución del conflicto basadas en la reparación, sino por lo costoso que es acceder a la justicia civil (en tiempo y dinero).

³¹ Al día de hoy, por ejemplo, se desconoce el paradero de personas desaparecidas forzadamente, pero también muy poco se conoce sobre quiénes fueron los financieros del régimen dictatorial uruguayo, y poco se ha discutido sobre la responsabilidad (moral o jurídica) que podrían tener todos los que colaboraron con un régimen injusto que violaba los derechos humanos o se beneficiaron de él. Sobre el tema Juan Pablo Bohoslavsky, “Eslabón financiero en la justicia transicional uruguaya”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 21, 12, Montevideo, 2012, pp. 153 ss.

³² Sobre el tema, Pablo Galain Palermo, “La giustizia di transizione in Uruguay. Un conflitto senza soluzione” (trad. Mateira y Menghini), en Gabriele Fornasari y Emanuela Fronza (eds.), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell’America Latina*, Trento: Università degli Studi di Trento, 2011, pp. 201 ss.

³³ Reinstaurado el Estado de Derecho hasta el año 2005, en el que asumió por primera vez un gobierno de orientación de “izquierda”, el Uruguay mantuvo una política de justicia de transición basada en la no investigación penal de las graves violaciones a los derechos humanos y la renuncia al castigo a los violadores de derechos humanos, tal como lo permitía el artículo 1 de la Ley de Caducidad, que dejaba en manos del Poder Ejecutivo cuestiones atinentes al Poder Judicial, como si aquel poder del Estado pudiera intervenir en los procesos penales con la lógica de una cuestión de prejudicialidad. A partir de 2005 la decisión política de tal cuestión de prejudicialidad fue proclive a permitir la investigación y condena de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. Lo que aún no ha tenido lugar es una investigación científica sobre los niveles de independencia del poder judicial uruguayo durante todo el proceso de justicia de transición. Véase sobre el tema Elin Skaar, *Judicial Independence and Human Rights in Latin America. Violations, Politics, and Prosecution*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2011, pp. 19 ss.

concepto o en una misma política criminal. Esta política criminal emparentada con la lucha por los derechos humanos que lidera internacionalmente la Corte IDH en su jurisprudencia constante fue negada por sucesivos gobiernos democráticos hasta 2005, fecha en la que la jurisprudencia uruguaya vio habilitada su intervención por el Poder Ejecutivo en aplicación de la Ley de Caducidad.³⁴ La lucha por los derechos humanos y la lucha contra la impunidad han formado un frente común con fronteras muy difusas que ha derivado en masivos juicios penales apoyados en argumentos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.³⁵ De este modo, el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos ha estado fuertemente ligado a las vicisitudes de la política y ha tenido una estrecha relación con el derecho penal.

³⁴ A partir de 2005 se han dado una serie de circunstancias de mancomunión entre la política (incluida la política de la Corte IDH con relación a la lucha contra la impunidad) y la justicia que significaron un duro golpe a los extorristas de Estado en cuanto a que debieron rendir cuentas a la justicia penal. Esta nueva relación de sintonía entre gobierno y justicia (recordemos que en 1988 la SCJ había considerado a la Ley de Caducidad acorde a la Constitución y en 2009 cambió radicalmente de opinión para declararla inconstitucional) muestra cómo ambos poderes del Estado han interactuado durante el proceso de justicia de transición uruguayo (respaldado en dos instancias por la soberanía popular). Esta afinidad entre la política (de derechos humanos) y la justicia nacional, sin embargo, hoy en día se ha puesto en severo cuestionamiento por notorias figuras políticas identificadas con el gobierno y con la "izquierda", en tanto ella ha llevado a la condena penal de algunos militares y policías por delitos que fueron cometidos durante la dictadura cívico-militar, que no estarían debidamente probados. <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/230525/desde-la-izquierda-ponen-en-duda-fallos-judiciales-sobre-ddhh/>> (17.8.2012). Algunas condenas contra militares han sido revocadas por tribunales superiores por falta de pruebas, y algunos procesamientos con prisión también vienen siendo cuestionados, incluso por el actual ministro de Defensa, exintegrante del grupo guerrillero Movimiento de Liberación Nacional - Tupamaros en la década del sesenta y principios de la del setenta, Eleuterio Fernández Huidobro, y por el exintegrante de la Comisión para la Paz y exministro de Estado, Gonzalo Fernández. El Tribunal de Apelaciones Penal de 4.º Turno, mediante la sentencia interlocutoria 211, de 31 de julio de 2012, revocó el procesamiento del exdictador Gregorio Álvarez que lo sometía a juicio como coautor de un homicidio muy especialmente agravado (artículo 312 CP) por la muerte del militante tupamaro Roberto Lizardo, que falleció por no tener atención médica en el Hospital Militar en 1973, antes del comienzo de la dictadura. Según el juez de primer turno Juan Fernández, el exdictador habría dado una orden de no brindar atención médica al prisionero, orden de "dejar morir" que el juez fundamenta en la inexistencia de la ficha médica del paciente, conjeturando que la víctima podría haber estado involucrada en el asesinato del hermano del autor, por un comando tupamaro. Sin embargo, el tribunal superior entendió que la imputación no fue suficientemente probada. Según denuncian los centros que agrupan a militares reiterados, el actual presidente de la República, José Mujica, exintegrante del grupo guerrillero Movimiento de Liberación Nacional - Tupamaros, habría sostenido a uno de los generales en prisión por graves delitos que tiene que aceptar los hechos de su procesamiento porque la "justicia se ha volcado hacia la izquierda". Véase <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/231676/mujica-dijo-a-dalmao-que-la-justicia-esta-inclinada-hacia-la-izquierda/>> (3.9.2012).

³⁵ Véase Pablo Galain Palermo, "The Prosecution of International Crimes in Uruguay", *International Criminal Law Review*, 10, 4, 2010, pp. 601-618.

2. A partir del reconocimiento de la jurisdicción del sistema interamericano, las constantes observaciones de los organismos de contralor de los derechos humanos no suscitaron mayor atención en los órganos de gobierno y en la sociedad uruguaya, lo que creó un clima favorable a su incumplimiento.³⁶ Sin embargo, el inicio del primer juicio y la primera sentencia de condena contra Uruguay, por la desaparición forzada de una persona de nacionalidad argentina en territorio uruguayo, motivó una amplia discusión social en los medios de comunicación y una discusión política y jurídica que abarcó todos los poderes de Estado. La irrupción del sistema interamericano como un nuevo actor en el proceso de justicia de transición no pasó inadvertida. Véase que antes de que la Corte IDH dictara sentencia la sociedad civil intentó, mediante un plebiscito, reformar la Constitución para dejar sin efecto la Ley de Caducidad, porque de algún modo se intuía que aquella ley sería la razón fundamental de la probable condena. Una primera condena por violación de los derechos humanos era interpretada por el sentimiento republicano de la ciudadanía como una mácula terrible, similar a la marca perpetua en la frente de Caín.³⁷ Con esta señal indeleble en su prestigio internacional, el Uruguay aceptó la interpretación de la Corte IDH sobre los derechos humanos en clave de lucha contra la impunidad y se embarcó a toda vela, con fuerte aprovechamiento del viento en popa que venía de la otra orilla del Río de la Plata.³⁸ La sentencia

³⁶ Véase <http://www.ohchr.org/SP/Countries/LACRegion/Pages/UYIndex.aspx>; con mayor detalle, http://www.kas.de/wf/doc/kas_20305-1522-1-30.pdf?100908184413.

³⁷ Los efectos ya se produjeron con anterioridad al dictado de la sentencia, en un enfrentamiento dialéctico entre el demandante (Juan Gelman) y los representantes del gobierno uruguayo, que dieron a entender que "solo se trataba de un reclamo de dinero" y que la víctima "solo pretendía humillar a Uruguay", en una especie de "guerra sucia jurídica entre correligionarios". Este enfrentamiento entre Gelman (exguerrillero del movimiento mонтонero argentino y conocido militante de izquierda) y el gobierno uruguayo (presidido por un exguerrillero tupamaro y con mayoría parlamentaria perteneciente al movimiento tupamaro) podría ser un indicador de que más que ante un conflicto ideológico estamos frente a uno de naturaleza jurídica. Según declaró Gelman: "Son cosas de guerra sucia que los que se oponen ahora a la aprobación del proyecto de ley sufrieron en carne propia". Según Gelman, antes de recurrir a la Com IDH y luego a la Corte IDH intentó saber la verdad con cuatro gobiernos democráticos distintos. "Sanguinetti no habló de dinero ni de humillación. Dijo que yo lo hacía porque quería entorpecer la campaña electoral del Partido Colorado... Battle consideró que efectivamente el caso estaba incluido en la Ley de Caducidad y en consecuencia no había que seguir averiguando... Vázquez no hizo nada para que la investigación continúe, a pesar de que el Poder Ejecutivo tenía esa facultad. La Ley de Caducidad en su artículo tercero faculta al Poder Ejecutivo a ordenar que una investigación continúe o se clausure... Yo golpeé las puertas de cuatro gobiernos uruguayos. Ahora el de [José Mujica]. <http://www.larepublica.com.uy/politica/432992-en-uruguay-se-impide-la-verdad?nz=1>.

³⁸ En una primera instancia la discusión se concentró en determinar el propio concepto de soberanía, para decidir si ella recae en la voluntad popular manifestada directamente o si reside en los parlamentarios escogidos por el pueblo. Soberanía directa o indirecta eran las consignas en pugna. Por un lado, las víctimas y algunos miembros de la Administración de Justicia actuantes en la mayoría de las causas penales contra "exterioristas de Estado" (en particular

encontró la principal reacción del Poder Ejecutivo el 30 de junio de 2011, mediante la resolución 322, con la que por razones de legitimidad el gobierno decretó que las violaciones a los derechos humanos no están sujetas a plazo de prescripción. Dicho acto administrativo revocó todos los actos administrativos anteriores (emitidos por los anteriores gobiernos a partir de la sanción de la ley) que decidieron sobre diversos casos comprendidos en la Ley de Caducidad.³⁹ Esta medida permitió a cada juez penal decidir con criterios jurídicos la reapertura de más de 80 investigaciones, teniendo en consideración principios y garantías esenciales, como la cosa juzgada (no fraudulenta) y el *ne bis in idem* al momento de decidir. En ese sentido se puede afirmar que este acto administrativo que goza de legitimidad y tiene efectos retroactivos estaría cumpliendo parcialmente con la exigencia de la Corte IDH de eliminar obstáculos hacia el pasado;⁴⁰ sin embargo, con esta sola medida no se da total cumplimiento a la condena que exige anular hacia el pasado la Ley de Caducidad y remover todos los obstáculos jurídicos que impidan una condena penal (incluyendo las garantías materiales y procesales que favorezcan al reo).

3. En el mismo orden de reacciones estatales, el Parlamento dictó la ley 18 596 (18 de setiembre de 2009) titulada: “Repárase integralmente a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985”. En el capítulo 1 de la ley, denominado: “Reconocimiento por parte del Estado”, se establece el público reconocimiento del accionar del terrorismo de

la fiscal Mirta Guianze y la jueza Mariana Motta) solicitaban y sostenían el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado uruguayo derivadas de determinados tratados y convenciones de los que Uruguay es parte y la averiguación de la verdad sobre el paradero de la persona desaparecida; por otro lado, la oposición política y parte de los integrantes del gobierno defendían la vigencia de la Ley de Caducidad como consecuencia del resultado de las dos consultas populares, de 1989 y 2009, que así lo habían ratificado en ejercicio de democracia directa. Se argumentaba que esta decisión firme de la soberanía no podría ser modificada o desconocida por una ley emanada del Parlamento. La discusión entonces no abarcaba solamente el conflicto entre la aplicación del derecho (internacional o nacional), sino también cuál de las formas de ejercicio de la democracia (directa o indirecta) debería tener supremacía. Puede consultarse <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-157463-2010-11-24.html> (visitado el 25.11.2010). Es interesante que en la audiencia ante la Corte IDH participó en calidad de testigo la fiscal penal Mirta Guianze, que llevó adelante los juicios penales contra la mayoría de terroristas de Estado. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-156963-2010-11-16.html> (visitado el 25.11.2010).

³⁹ De opinión contraria, Augusto Durán Martínez, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho administrativo. Especial referencia al caso Gelman contra Uruguay”, *Estudios Jurídicos* 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, pp. 31 ss.; Daniel Ochs, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay”, *Estudios Jurídicos* 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, pp. 105 s.

⁴⁰ Véase Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo, “La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985)”, *Revista Penal*, de próxima publicación.

Estado en Uruguay⁴¹ y el consecuente derecho de las víctimas a la reparación.⁴² Esta ley guarda relación con lo mandatado por la Corte IDH en cuanto a la reparación de las víctimas mediante el reconocimiento público de las violaciones a los derechos humanos y mediante concretas formas de reparación material (artículos 6 a 14).

4. En el mismo sentido, el 21 de marzo de 2012 el Estado uruguayo llevó a cabo en la propia Asamblea General un acto público de reconocimiento de la responsabilidad estatal por el terrorismo de Estado que actuó entre 1973 y 1985.⁴³ En el discurso del presidente José Mujica, la remoción de obstáculos exigidos por la Corte IDH no se supeditó a una condena penal de los autores, sino al conocimiento de la verdad y el descubrimiento de los restos de la persona desaparecida.⁴⁴

5. La Secretaría de Seguimiento de la Comisión para la Paz ha informado:

a) Intervino directamente en la gestión administrativa tendiente al pago de las indemnizaciones a María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y Macarena Gelman y sus abogados patrocinantes; b) Procedió a la ampliación de las líneas de investigación tendientes a ubicar el paradero de los restos de María Claudia García Iruretagoyena, así como de los demás detenidos desaparecidos.⁴⁵

⁴¹ Artículo 1.º: "Reconócese el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985". Artículo 2.º: "Se reconoce la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional".

⁴² Artículo 3.º: "Reconócese el derecho a la reparación integral a todas aquellas personas que, por acción u omisión del Estado, se encuentren comprendidas en las definiciones de los artículos 4.º y 5.º de la presente ley. Dicha reparación deberá efectivizarse —cuando corresponda— con medidas adecuadas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición".

⁴³ Este acto estuvo precedido de una importante discusión pública sobre la obligación de las instituciones de asumir responsabilidad y solicitar el perdón por sus actos, discusión que abarcó tanto aspectos políticos como filosóficos relacionados con la posibilidad de que las instituciones pudieran solicitar o brindar el perdón. Finalmente se decidió simplemente asumir la responsabilidad y dictar leyes de reparación a las víctimas.

⁴⁴ "A tales efectos, hemos avanzado hacia el cumplimiento de la sentencia dispuesta, removiendo los obstáculos jurídicos que impedían la investigación y adoptando todas las medidas necesarias para favorecer e impulsar la misma, en tanto ella no cesará, hasta la ubicación definitiva de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman e individualización de los responsables de los hechos". http://www.mec.gub.uy/innovaportal/v/14973/2/mecweb/palabras_del_presidente_mujica.

⁴⁵ L 30 Memoria Anual. http://medios.presidencia.gub.uy/jm_portal/2012/mem_anual/presidencia/paz.pdf (visitado el 8.12.2012).

6. Como parte del cumplimiento de la sentencia del caso *Gelman*, el Estado uruguayo ha realizado diversos actos públicos de reconocimiento de las víctimas y de su responsabilidad en las graves violaciones a los derechos humanos sufridas.⁴⁶ Además, la ley 18 446 (publicada en el *Diario Oficial* el 27 de enero de 2009) creó la Institución Nacional de Derechos Humanos del Uruguay (INDDHH), en la órbita del Poder Legislativo, para “la defensa, promoción y protección en toda su extensión, de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y el derecho internacional” (artículo 1). En una decisión con fuerte carácter simbólico, se determinó que este instituto funcionará en el local en el que operó el Servicio de Información de Defensa de la dictadura.

7. Estos actos concretos de reconocimiento y reparación obedecieron al cumplimiento de la sentencia de condena de la Corte IDH contra Uruguay por el caso *Gelman*. Sin embargo, aún no se habían removido todos los obstáculos exigidos por la Corte IDH para el castigo penal, porque la justicia debía interpretar cada una de las garantías materiales y procesales en cada caso concreto sometido a su jurisdicción, lo que parece ser el mayor desafío en la lucha contra la impunidad en un Estado de derecho. Entre los principales obstáculos para el castigo penal se erigía el principio de prescripción para delitos comunes, que según la jurisprudencia uruguaya habrían prescrito el 1 de noviembre de 2011. En ese orden de cosas, el Parlamento dictó la ley 18 831, de 27 de octubre de 2011, que declaró que los delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar suspendían los plazos de prescripción (artículo 2), en tanto eran considerados de lesa humanidad (artículo 3).⁴⁷ Mediante esta ley se daba un paso más adelante, aunque no definitivo, en el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH.

8. La sentencia obliga a texto expreso, en el parágrafo 144, a: “[...] b. adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que, de acuerdo con sus procesos

⁴⁶ El Estado indicó que el “21 de mayo de 2009 el Intendente de Montevideo declaró ciudadanos visitantes ilustres de la ciudad de Montevideo a 11 jóvenes uruguayos y argentinos víctimas de las dictaduras de ambos países”, entre quienes se encuentra María Macarena Gelman. Precisó que este “reconocimiento honorífico del Gobierno de Montevideo procura fortalecer la memoria de la sociedad y contribuir en la reparación a su persona, a la de sus padres y a todas las víctimas de graves violaciones de los Derechos Humanos ocurridas en el pasado reciente”. Además, el Estado resaltó que el Poder Ejecutivo declaró de interés nacional el proyecto del Memorial en Recordación de los Detenidos-Desaparecidos que se erigió en el parque Vaz Ferreira, en el Cerro de Montevideo. En cuanto a la placa conmemorativa en el Servicio de Información y Defensa (SID), señaló que “el Poder Ejecutivo asume el compromiso de garantizar el acceso público al sector del SID en que estuvo detenida María Claudia y Macarena y colocar una placa recordatoria en dichas instalaciones”. Caso *Gelman*, § 264.

⁴⁷ Esta norma de algún modo parece un contrasentido, en tanto la característica de los crímenes de lesa humanidad es su imprescriptibilidad, esto es, la posibilidad de perseguirlos y castigarlos sin un límite de tiempo.

constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, quede sin efecto la ley 15 848 o Ley de Caducidad". La Ley 18 831 pretendió cumplir con dicha exigencia, pero la defensa penal de presuntos extorristas de Estado presentó un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la ley, que tiene que ser resuelto en los primeros meses de 2013.⁴⁸

9. En el marco de la lucha por los derechos humanos y contra la impunidad, la justicia uruguaya recurrió a las normas de *ius cogens* para la interpretación de garantías procesales⁴⁹ y para exigir responsabilidad penal a los individuos.⁵⁰ La jurisprudencia uru-

⁴⁸ Machado Badaracco, *Tranquillo. Un delito de homicidio. Excepción de inconstitucionalidad - Arts. 1, 2 y 3, Ley n.º 18.831, IUE* [Identificación Única de Expedientes] 2/42822/2008.

⁴⁹ En reciente sentencia interlocutoria del juez Fernández Lecchini, que determinó el procesamiento con prisión del exsubcomisario de Policía Juan Zabala Quinteros, se sostiene el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte IDH. La sentencia por la que se da inicio formal al proceso penal contra el ahora imputado Zabala no acepta la naturaleza de crimen de lesa humanidad para la tortura y la ejecución extrajudicial de la víctima, pero al mismo tiempo sostiene que el plazo de prescripción no ha vencido, según disponen normas internacionales de protección de los derechos humanos siguiendo a la jurisprudencia constante de la Corte IDH. Textualmente dice: "El despacho cree que estas conductas no han prescripto, por lo dicho supra. Cree que la jurisprudencia de la Corte Interamericana DD. HH. ha devenido obligatoria. Lo cual es distinto que decir que tal jurisprudencia sea conveniente o no, convencional o no". Castro Ures, *Julio. Denuncia, IUE 87-289/1985. Procesamiento 402/2012* contra el exsubcomisario de Policía Juan Zabala Quinteros como cómplice por un delito de homicidio muy especialmente agravado, Juzgado Letrado Penal de 1.^{er} Turno.

⁵⁰ La confusión, por un lado, entre derechos humanos, lucha contra la impunidad y derecho penal y, por otro lado, entre política de gobierno y política criminal se pone de manifiesto en muchos juicios penales concentrados en la figura de algunos funcionarios de la Administración de Justicia. Véase Mirta Guianze, "La Ley de Caducidad, las luchas por la Justicia y por la jurisdicción universal de los derechos humanos en Uruguay", Francesca Lessa y Gabriela Fried (comps.), o. cit. (nota 27), pp. 189 ss., en particular, p. 191. Parte de la lucha contra la impunidad incluyó desacreditar a los abogados defensores de los extorristas de Estado: "En la actualidad uno de los catedráticos de Derecho Penal, Miguel Langón, se dedica a defender militares y civiles indagados o procesados por delitos de lesa humanidad. Como consecuencia, publicó el libro *Defensas penales: el caso del Escuadrón de la Muerte*, donde recoge precisamente las tesis contrarias a las que nosotros sustentamos" (ibidem, p. 192). Parecería que a esta lucha tienen que plegarse todos los ciudadanos uruguayos para no ser relacionados de algún modo con los extorristas de Estado. Véase que la exfiscal Guianze hace hincapié con sentido negativo en la defensa de "militares o civiles indagados o procesados", es decir, justiciables amparados por el principio de inocencia. Se debe reconocer, sin embargo, el trabajo denodado de los miembros de la Administración de Justicia para la obtención de pruebas incriminatorias en un sistema judicial que no tenía experiencia en el tratamiento del fenómeno del terrorismo de Estado, con todas las dificultades probatorias que ello conlleva. Además, en Uruguay jueces y fiscales no cuentan con el apoyo de grupos de trabajo o asesores, sino que realizan su labor prácticamente solos; peor aún, los funcionarios públicos se ven en algunas situaciones sometidos al control político (traslados, degradaciones, venias parlamentarias, etcétera) que dificultan la tarea con independencia técnica absoluta, como denuncia con razón Guianze (ibidem, p. 193). La confusión entre derechos humanos y política lleva a lecturas sesgadas de la historia o a reescrituras de la historia según intereses políticos. Guianze, por ejemplo, habla de un pacto secreto o implícito entre militares y políticos en el que la historia dice que participaron representantes del Frente Amplio y estuvieron ausentes representantes del Partido Nacional o *Blanco* (aspectos que Guianze ignora en su texto), pero luego asevera, liberando de toda responsabilidad política al Frente Amplio: "Todo

guaya de primera instancia ha argumentado recurriendo a sentencias de la Corte IDH que no han involucrado al Uruguay y a informes de la Com IDH (29/92), adhiriendo a la opinión dominante del órgano interamericano.⁵¹ La segunda instancia, sin embargo, permanece afiliada a una defensa estricta de determinados principios del derecho penal liberal y ha sido reticente a la aplicación de tipos penales que no estaban vigentes antes del comienzo de ejecución de los delitos.⁵² Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de la sentencia de condena del caso *Gelman*, suponiendo que la Corte IDH se apoya en una norma de *ius cogens* superior a cualquier norma nacional para exigir la remoción de la Ley de Caducidad con efectos hacia el pasado, en Uruguay existen algunas dificultades jurídicas para llevar a cabo una declaración de nulidad de una norma interna. El ordenamiento jurídico uruguayo desconoce a los tres Poderes del estado la posibilidad de declarar la nulidad de una ley. A lo sumo el Poder Judicial (SCJ) tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad con efectos exclusivos para el caso concreto en el que esta se plantee. Una solución posible sería recurrir al artículo 239.1 de la Constitución⁵³ y dejar en manos de la SCJ la decisión del caso con carácter general, pues ella tiene competencia para asuntos relacionados con la aplicación de tratados internacionales.⁵⁴ En el

esto generó un clima de miedo, recién habíamos salido de la dictadura, y los principales líderes blancos y colorados argumentaron la conveniencia de restaurar la paz como valor primordial, antes que la justicia, la memoria y la verdad histórica" (ibidem, pp. 201 s.). La lucha contra la impunidad se ha tomado como una bandera de un partido político en particular (Frente Amplio), error en el que también parece caer Guianze (con el agravante de que fue la representante del Ministerio Público que más causas penales llevó adelante), lo que ha impedido que el tema estrictamente jurídico fuera considerado con independencia de banderías políticas. De esta forma, se produjeron profundas divisiones en el seno social que impidieron un análisis despolitizado y desapasionado de la responsabilidad individual de algunos extormentistas de Estado. Esta politización también ha colaborado a que los derechos humanos no hayan sido considerados seriamente o en su justa medida desde aspectos jurídicos.

⁵¹ Véase Mirta Guianze, o. cit. (nota 50), pp. 195 ss.

⁵² Véase Pablo Galain Palermo, "The Prosecution of International Crimes in Uruguay", o. cit. (nota 35), pp. 610 ss.; ídem, "Uruguay", en Kai Ambos (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 139 ss.; Mirta Guianze, o. cit. (nota 50), p. 196. Además se percibe que los jueces uruguayos comienzan a considerar sentencias de otros órganos judiciales colegiados de países vecinos (Argentina), pero también de otros países de la región (Guatemala, Colombia, México). Incluso se observa que algunas sentencias consideran las opiniones del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional.

⁵³ Artículo 239: "A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1.º) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las Cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional".

⁵⁴ Véase Alejandro Pastori Fillol, "Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman c/ Uruguay*", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, año I, n.º 1, pp. 191 s.

ordenamiento nacional existe la posibilidad de derogar la ley con efectos *ex nunc* (hacia el futuro), pero ello contradice la exigencia de la Corte IDH de que la anulación de la ley tenga efectos *ex tunc* (hacia el pasado), como si ella nunca hubiera existido y como si nunca hubiera tenido efectos jurídicos ni provocado ningún estado.⁵⁵ En líneas generales se puede decir que Uruguay no ha incumplido la sentencia de condena en el caso *Gelman*, pues no solo ha derogado los actos administrativos que impidieron investigaciones penales en aplicación de la Ley de Caducidad con efectos *ex tunc*, sino que también ha reparado material y simbólicamente a las víctimas directas y a las víctimas indirectas.⁵⁶ Pero además ha intentado una modificación en su Constitución por medio del plebiscito de 2009, que pretendía anular la Ley de Caducidad,⁵⁷ aunque no haya sido aprobado por el pueblo en ejercicio de soberanía directa.⁵⁸ Por todas estas razones, se puede interpretar que Uruguay no ha incumplido la sentencia de la Corte IDH en aquellos aspectos en los que puede cumplirla según las posibilidades que otorga su ordenamiento jurídico y sin violar su Constitución o el propio texto de la CADH.

10. En cuanto a la legislación, las decisiones de la Com IDH hasta el momento no han surtido ningún efecto concreto dentro del sistema jurídico nacional. En el caso *Peirano* la Com IDH⁵⁹ ha observado a Uruguay por su procedimiento penal, que atenta contra la CADH, y lo ha conminado a una profunda reforma que lo aadecue a los principios

⁵⁵ Esto se condice con la exigencia de la Corte IDH de no reconocer aquellos "obstáculos jurídicos" que impidan el ejercicio del derecho penal contra autores de graves violaciones de los derechos humanos. El Uruguay podría solicitar a la Corte IDH un pedido de aclaración de la sentencia de condena para que la Corte IDH se expida sobre el tema de la desconsideración de las garantías materiales y formales del derecho penal contenidas en el texto de la CADH cuando se trata de determinados delitos o de determinados autores.

⁵⁶ La doctrina considera que el Uruguay ha comenzado a responder por su responsabilidad frente al incumplimiento (antes frecuente) de los compromisos adquiridos en el ámbito internacional (pero que guardan relación con los ciudadanos que viven en el país). Véase Carlos Delpiazzo, "Panorama actual de las responsabilidad estatal", en Carlos Delpiazzo (coord.), *o. cit.* (nota 15), p. 13.

⁵⁷ Según Pastori Fillol: "[...] desde un punto de vista exclusivamente jurídico, creemos que el Uruguay debería demostrar que incluso intentó reformar su Constitución, de forma tal de que no se le pueda oponer la disposición del artículo 2 de la CADH". Alejandro Pastori Fillol, *o. cit.* (nota 54), p. 194.

⁵⁸ Véase que la Corte IDH a partir del caso *Gelman* ha ampliado ahora la competencia del *control de convencionalidad* a todos los órganos públicos de un Estado. Como dice Ibáñez Rivas: "En consecuencia, la Corte no solo estableció que debe prevalecer un 'control de convencionalidad' de la propia decisión de las mayorías en contextos democráticos, sino que enfatizó la idea según la cual dicho control supera la actuación del Poder Judicial, comprometiendo de manera expresa y categórica a 'cualquier autoridad pública'. Por tanto, ya que los hechos del caso concreto incluían procesos de referéndum y plebiscito, la jurisprudencia de la Corte deja en evidencia que el 'control de convencionalidad' compromete a las autoridades de los diferentes poderes del Estado y no solo a las del Poder Judicial o a todas aquéllas vinculadas a la administración de justicia". Véase Juana María Ibáñez Rivas, *o. cit.* (nota 13), p. 111.

⁵⁹ Caso 12553, de 2009.

del debido proceso (principio de tutela judicial efectiva, plazo razonable, etcétera).⁶⁰ En el marco de este conflicto, el artículo 21 de la ley 17897 (14 de setiembre de 2005), conocida como Ley de Humanización del Sistema Penitenciario, creó una comisión de reforma del sistema procesal penal.⁶¹ El proyecto de reforma ha sido entregado hace tiempo al Parlamento, que no lo ha considerado como prioridad en esta legislatura. Dicho incumplimiento lamentablemente no dará lugar a un nuevo contencioso ante la Corte IDH contra Uruguay porque el acuerdo entre este y la Com IDH ha sido publicado.

11. Como se puede apreciar, la condena de la Corte IDH obliga a un replanteamiento serio del sistema normativo y judicial con relación a la protección de los derechos humanos. La discusión de doctrina que queda pendiente es si la Corte IDH puede obligar a los Estados a cumplir con exigencias no pactadas por ellos en el texto de la CADH y si cualquier interpretación de la Corte IDH tiene que ser cumplida y ejecutada en los Estados nacionales que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos y han reconocido sin reservas su competencia. La pregunta que permanece abierta y que la jurisprudencia de la SCJ de Uruguay tendrá que resolver es si la exigencia de la Corte IDH de eliminar todos los obstáculos legales al ejercicio del derecho penal no atenta contra la Constitución, la CADH y los principios superiores de derecho.

5. Derechos humanos e interpretación judicial

1. A partir de la década del ochenta la defensa de los derechos humanos forma parte de la agenda internacional en el continente americano, junto con políticas de democratización.⁶² La jurisprudencia constante de la Corte IDH ha cumplido un papel

⁶⁰ En curiosa defensa del Estado uruguayo, el comisionado venezolano Freddy Gutiérrez justificó la duración de la prisión preventiva en el caso concreto y sostuvo que el derecho interno tiene supremacía frente al derecho internacional de los derechos humanos. Sobre el tema, Francisco Castex, "El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la Corte IDH. El caso "Peirano", en Daniel Pastor (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 149 ss.

⁶¹ Sobre el proyecto de reforma, véase Dardo Preza, *El proceso penal uruguayo*, 3.^a ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 7 ss.

⁶² En los últimos años un sector de la doctrina ha asumido como un hecho que los derechos humanos no solo guardan relación con las vicisitudes políticas, sino que han adquirido la condición de *religión*. Esta *religión* tiene estrecha relación con el desarrollo político y el diseño institucional del Estado y los procesos de democratización que deberían ceñirse a parámetros económicos provenientes de directivas de la banca internacional y comunidades epistémicas cerradas, integradas por egresados de universidades norteamericanas. Véase por todos Martin Shapiro, "Courts in Authoritarian Regimes", en Tom Ginsburg y Tamir Moustafa (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian*

importante en la implementación de estas directivas internacionales de democratización de los Estados del continente, que no puede ser pasado por alto. La Corte IDH se ha plegado a la consideración conjunta de la protección de los derechos humanos con las políticas de *good governance* para los países en vías de desarrollo,⁶³ y en este sentido la tarea de la Corte IDH ha sido de gran valía.

2. Una vez que las primeras denuncias pasaron por el filtro político de la Com IDH, la Corte IDH ha tenido que resolver sobre la responsabilidad de Estados de hecho o de frágiles democracias en las que actuaron aparatos organizados de poder al margen de la legalidad. La Corte IDH tuvo que decidir casos relativos a gravísimas violaciones de los derechos humanos cometidas por estados paralelos al Estado de derecho y asociaciones para delinquir que utilizaban las estructuras estatales para cometer delitos y garantizar la impunidad de sus integrantes. Desde la primera sentencia de condena, la Corte IDH se tuvo que hacer fuerte para que los Estados nacionales cumplieran voluntariamente lo sentenciado y *se tomaran en serio a los derechos humanos*. Esa fue la lucha política iniciada por la Corte IDH, que la obligó a cumplir con un fuerte activismo judicial y que paulatinamente la condujo a cruzar los límites de su competencia originaria.⁶⁴ En líneas generales, hasta la irrupción de las primeras sentencias de condena las reacciones de los Estados oscilaban entre la no investigación penal y/o el ocultamiento de los hechos y la protección de los autores. La Corte IDH, de este modo, entró en combate contra una determinada política de Estado en defensa de los derechos siempre vulnerados de las víctimas, que como contrapartida fue dejando flancos abiertos desde el punto de vista

⁶³ *Regimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 327. Por mi parte no estoy seguro de que este fenómeno se pueda hacer extensivo a la Corte IDH, al menos en lo que guarda relación al aspecto financiero. Sobre los límites y los peligros del activismo en derechos humanos, véase Iván Orozco, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá: Temis, 2005, pp. 321 ss.

⁶⁴ Sobre el tema, Costas Douzinas, "Are wars ever just? The invasions of Iraq and Afghanistan raise complex questions about the moral and legal use of force", <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/apr/21/universalism-humanitarianism>.

⁶⁵ Von Bogdandy se refirió a la Corte IDH como un "tribunal audaz" porque exige a los Estados modificaciones normativas internas y se trata de una institución no consolidada. Ambos y Böhm asumen que en los hechos se ha convertido en una cuarta instancia o instancia de supervisión, como si la CADH fuera una especie de Constitución de los Estados Americanos, y con ello excede "los parámetros de una interpretación admisible tal como está prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados". Véase Kai Ambos y María Laura Böhm, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿tribunal tímido y tribunal audaz?", en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 45 s.

jurídico.⁶⁵ Esa lucha de fuerzas contra la política de los Estados pronto abarcó no solo la responsabilidad estatal, sino también la de los autores individuales de los crímenes internacionales y de las más graves violaciones contra los derechos humanos,⁶⁶ a quienes se irradió de muchas de las garantías contenidas en la propia CADH.⁶⁷ En ese momento, la mejor intención política de la Corte IDH traspasó una frontera infranqueable de las garantías individuales protegidas por la CADH, aquellas que protegen al individuo contra el poder punitivo del Estado.⁶⁸ La Corte IDH asumió un concepto propio de la proclama *Nunca más*, basado en el derecho penal como medio de cumplir con las demandas de verdad y castigo de colectivos de víctimas y de asociaciones políticas, sociales y sindicales que pendían sobre los Estados como una deuda moral a ser saneada de la manera más ejemplarizante. En ese contexto solo aparece como válida la culpa penal, incluso para la lucha por la memoria permanente y el reproche histórico (negando todo valor a las otras formas de culpa identificadas por Jaspers).

⁶⁵ Hay quien califica a la Corte IDH de antiliberal y punitiva. Véase Ezequiel Malarino, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 26-61.

⁶⁶ Aunque muchas veces la Corte IDH haya confundido o considerado a ambos tipos de responsabilidad como sinónimos. Véase el voto concurrente de Antônio Cançado Trindade en el caso *Barrios Altos contra Perú*, en el que expresa que "la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario son dos caras de la misma medalla en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia". Véase Alejandro Aponte, "El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática", en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 65), pp. 167 s.

⁶⁷ Téngase en cuenta que la jurisprudencia constante de la Corte IDH no solo prohíbe las amnistías y cualquier otro obstáculo jurídico que impida la persecución penal (como sostiene en el caso *Gelman contra Uruguay*, § 254), sino que también se podría interpretar que prohíbe los indultos cuando exige como derecho de acceso a la justicia y de conocimiento y acceso a la verdad el cumplimiento efectivo de la sentencia (como sostiene en el caso *Masacre La Rochela contra Colombia*, § 193).

⁶⁸ Para ver en detalle esta situación, Ezequiel Malarino, o. cit. (nota 65), pp. 45 ss.; Daniel Pastor, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 64), pp. 481 ss.; José Luis Guzmán Dalbora, "El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ibidem, pp. 171 ss. Con una visión positiva de este fenómeno, Pablo Parenti, "La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ibidem, pp. 211 ss.

Según la Corte IDH, el mensaje preventivo de *Nunca más* requiere la fuerza simbólica del derecho penal.⁶⁹ El derecho penal comenzó a ser interpretado como una necesidad para explicar los conflictos más graves y como un medio para averiguar la verdad y reparar a las víctimas.⁷⁰ En este lugar no puedo extenderme en cuanto a la simplificación que resulta de explicarlo todo por medio del derecho penal, criminalizando a los que mayor responsabilidad tuvieron en la comisión de los crímenes y liberando de culpa (judicial, política y filosófica) al resto de los ciudadanos, con independencia de su mayor o menor participación en la comisión de delitos y de la cuota parte de colaboración con el régimen injusto (por ejemplo, financiándolo). La Corte IDH adoptó una visión positiva y reparadora del castigo con una política criminal pregonera de un poder punitivo absoluto con relación a determinados delitos,⁷¹ construyendo una teoría de la pena basada en la retribución absoluta, como si la pena fuera un derecho de la víctima a ser satisfecho por el Estado.⁷² Y este concepto de necesidad absoluta de castigo (este merecimiento moral de pena) construido por la Corte IDH apareja la disminución de las garantías del imputado y la obligación del Estado de “remover todos los obstáculos” para lograr el fin punitivo que permita satisfacer la sed de venganza contra aquellos que valiéndose de las

⁶⁹ Críticamente, Dirk Fabricius, “Uruguay just dessert. ¿Obligación de punir porque ellos simplemente se lo merecen?” (trad. Pablo Galain Palermo y Ester Cascales), en Pablo Galain Palermo (ed.), *Justicia de transición*, en vías de publicación. Fabricius basa su crítica en la teoría de la pena y la psicología, cuando se trata de resolver con el derecho penal y la imputación de la culpabilidad individual los crímenes de un régimen injusto.

⁷⁰ Sobre esta posibilidad me pronuncié de forma crítica en Pablo Galain Palermo, “Relaciones entre el ‘derecho a la verdad’ y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 64), pp. 273 ss. Sin embargo, las víctimas exigen una verdad que todavía no ha podido ser obtenida mediante el derecho penal. Como sostuvo una víctima de la dictadura argentina: “No me significa mucho que vayan presos, porque lo que yo quisiera es que dijeran la verdad. Que dejen así de delinuir y de torturar. Me sigue doliendo todo lo que me hicieron a mí. Arañando el alma como siempre, no me significa mucho el castigo que les puedan dar”. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/197926-59632-2012-07-05.html> (5.7.2012). Con relación al conocimiento de lo sucedido y sobre la interacción entre derecho penal y comisión de la verdad, véase Pablo Galain Palermo y Álvaro Garraud, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, en Ambos et al. (ed.), *Eichmann in Jerusalem. 50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Berlín: Duncker & Humblot, 2012, pp. 181 ss. También crítico, Alberto Nanzer, “La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo”, en Daniel Pastor (dir.), *El sistema penal...*, o. cit (nota 60), pp. 371 ss.

⁷¹ Véase Daniel Pastor, “La ideología penal...”, o. cit. (nota 68), p. 503.

⁷² Alicia Gil se refiere a un estatuto jurídico de la víctima que se opone y neutraliza a los derechos del imputado, mientras que Pastor denuncia una transición del *in dubio pro reo* al *in dubio pro victim*a. Véase Alicia Gil Gil, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 64), p. 332; Daniel Pastor, “La ideología penal...”, o. cit. (nota 68), p. 503.

estructuras del Estado han cometido las más graves atrocidades contra sus congéneres por considerarlos enemigos políticos.⁷³

La aplicación constante de una política de lucha contra la impunidad de los peores criminales, que sugiere una disminución de las garantías materiales y formales propias del sistema penal, se justifica al ser incluida dentro de una política de lucha contra el mal. Sin embargo, ella tiene un efecto búmeran que conduce a la deslegitimación de la jurisprudencia punitiva de la Corte IDH porque dicha política criminal tiene que ser llevada a cabo por el Estado de derecho y según las reglas del debido proceso.⁷⁴ Ferrajoli es contundente:

[...] el grado de legitimidad de la jurisdicción y de su independencia depende del grado de efectividad de las garantías predisueltas para su ejercicio: en el caso de la jurisdicción penal por [el grado de] las garantías de taxatividad, de la materialidad y de la lesividad de las figuras del delito, de la carga acusatoria de la prueba, del principio de contradicción y de los derechos de la defensa; por el contrario, la reducción o inefectividad de las garantías se resuelve siempre en una reducción de la legitimidad del Poder Judicial.⁷⁵

La persecución de los peores delitos y los peores criminales no autoriza la disminución de las garantías individuales frente al poder punitivo del aparato estatal, y ello debe ser respetado también por la jurisprudencia de la Corte IDH porque, si bien ella está

⁷³ Habermas se refiere al espíritu de venganza que domina la reacción contra los peores crímenes cometidos por quienes ya no ostentan el poder, y a los límites que el derecho tiene que poner al uso de los medios de coerción del aparato estatal (democrático). Véase Jürgen Habermas, *Mas allá del Estado nacional* (trad. Jiménez Redondo), Madrid: Trotta, 2001, p. 62.

⁷⁴ Queda claro que, si bien no podemos renunciar a la tarea de hacer justicia contra los peores enemigos de la humanidad, tampoco podemos en la tarea abandonar las garantías del Estado de derecho, aunque ellas en algunas circunstancias puedan ser entendidas como meros obstáculos en la tarea de hacer justicia. Véase Cristina García Pascual, “¿Puede el mal absoluto ser sometido a la justicia?”, L. Souza Mendes y M. F. Pereira Coutinho (eds.), *Eichmann em Jerusalém. 50 anos depois*, Lisboa: Curitiba, 2012, p. 318. En relación con otros mecanismos complementarios a la justicia penal en la tarea de hacer justicia, véase, en el mismo volumen, Pablo Galain Palermo, “Como reagir contra os crimes do passado? Justiça de transição e elaboração do passado no Uruguai” (trad. Jorge Olivera e Carmo), pp. 239 ss. “Responder al terrorismo con terrorismo de Estado solo contribuye a sustituir un terrorismo por otro. El ciclo de violencia no se rompe con más violencia imperial”. Véase Ramón Grosfoguel, “Colonialidad global y terrorismo antiterrorista”, *Nueva Sociedad*, 177, enero-febrero de 2002, p. 133. <http://www.nuso.org/upload/articulos/3033_1.pdf>.

⁷⁵ Véase Luigi Ferrajoli, *Las fuentes de la legitimidad de la jurisdicción* (trad. Miguel Carbonell), México: INACIPE, 2010, p. 46.

encargada de la interpretación de la CADH, tiene que cumplir esa función sometida al derecho y sus principios.⁷⁶

3. La jurisprudencia de la Corte IDH asume un punto de vista iusnaturalista, a partir del cual legitima —constantemente— sus decisiones más allá del texto de la CADH, recurriendo a determinados principios superiores del derecho y dejando de lado otros que no son funcionales a su política criminal de lucha contra el mal y contra la impunidad. En este lugar no puedo ingresar en el debate acerca de la existencia de principios superiores de derecho que tienen que ser respetados por la jurisprudencia local e internacional (porque rigen tanto en un Estado democrático de derecho como en las relaciones internacionales entre Estados), así como tampoco puedo ingresar en el complejo debate entre positivistas y iusnaturalistas. En esta oportunidad me limito a asumir que hay principios superiores que tienen que ser respetados y considerados por la jurisprudencia, que son aquellos que se derivan políticamente del *Estado de derecho*, que se apoyan en el principio de *rule of law* y que cumplen un papel primordial en la promoción y la protección de los derechos humanos.⁷⁷ De modo que, si bien no puedo ingresar en la discusión de su definición jurídica, admito su función política en un régimen de derecho.

Según la ONU, el principio *rule of law* o Estado de derecho (*Rechtsstaat*) contiene los estándares internacionales de protección de los derechos humanos y exige a un Estado el respeto absoluto del principio de legalidad, igualdad ante la ley, separación de poderes, seguridad jurídica, transparencia legal en sentido material y procesal y prohibición de la arbitrariedad en la aplicación del derecho.⁷⁸ Del principio Estado de derecho

⁷⁶ En la sentencia *Frontini* (183/1973, de 27.12, *Frontini y otros contra Ministerio de Finanzas*) del Tribunal Constitucional italiano, se argumentó que la cesión de soberanía de los Estados nacionales a órganos supranacionales tiene límites derivados de los principios del Estado de derecho que garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos y que están reconocidos en los textos internacionales. Esta sentencia dijo que los órganos comunitarios no pueden “violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de las personas humanas”. De modo que los órganos jurisdiccionales nacionales no transfieren a los órganos supranacionales competencia en materia de protección de los derechos fundamentales de las personas. El Tribunal Constitucional alemán hizo lo propio colocando al derecho constitucional como barrera infranqueable a la jurisdicción supranacional cuando se amenazan derechos fundamentales de las personas. Véase Carlos Ruiz Miguel, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Carlos Ruiz Miguel (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 30 ss.

⁷⁷ Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, RES/50/181, de 22.12.1995.

⁷⁸ Security Council, S/2004/616, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General*, 23 August 2004, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>.

se pueden derivar (desde un punto de vista político y desde una perspectiva macro) otros principios, como el debido proceso,⁷⁹ la seguridad jurídica⁸⁰ y la igualdad ante la ley,⁸¹ así como (desde una perspectiva individual) el principio de dignidad humana.⁸² Estos principios (desde un punto de vista jurídico y desde una perspectiva positivista) están contenidos en tratados internacionales como, por ejemplo, la CADH, y en la Constitución uruguaya, de modo que no pueden ser desconocidos por la jurisprudencia.⁸³ Las

⁷⁹ Hoy en día se habla incluso de una revolución del debido proceso, considerado un principio fundamental del derecho constitucional contenido en las enmiendas quinta y decimocuarta del sistema constitucional norteamericano. En realidad, sin importar exactamente qué es lo que este principio significa, se trata de un término técnico legislativo que surge de las entrañas de la tradición constitucional. Este principio está relacionado con otro superprincipio que dice: "Ninguna organización o institución de clase alguna debería tener la potestad de perjudicar intereses vitales ('vida, libertad... propiedad') sin otorgar determinados derechos procesales" (traducción libre). Lawrence Friedman, *Total Justice*, Nueva York: Russell Sage Foundation, 1985, pp. 80 s.

⁸⁰ La teoría del Estado a partir de Hobbes se basa en el concepto de *securitas*, del que emana el concepto de Estado de derecho. La certeza y la seguridad jurídica son bienes adquiridos de la experiencia jurídica moderna, que en definitiva "debe concretarse en una certeza conferida al individuo, que es el verdadero destinatario final, en sentido filosófico, de la norma". Véase Flavio López de Oñate, *La certeza del derecho* (trad. Sentís Melendo y Ayerra), Buenos Aires: EJEA, 1953, pp. 73-74, 135.

⁸¹ Todos reconocidos en la CADH (artículos 9, 24 y 25). Véase Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales a Uruguay* (CCPR A/53/40, 1998). La igualdad ante la ley, reconocida en la enmienda decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, está fuertemente ligada al principio del debido proceso, pero a diferencia de este, que se modifica según los cambios sociales, aquel se mantiene incambiado por más de un siglo. Véase Lawrence Friedman, o. cit., p. 80.

⁸² El principio de dignidad humana "exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico". Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-521/98. En la doctrina alemana el principio de dignidad humana (*Menschenwürdeprinzip*), contenido en la Constitución (artículo 1.1 de la Grundgesetz [GG]), es un principio moral universal que obliga al Estado a su protección y respeto. Véase Paul Tiedemann, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, 3.ª ed. revisada, Potsdam: Wissenschaft, 2012; Volker Neumann, "Menschenwürde und Existenzminimum", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NzVwZ), 1995, pp. 426 ss. La doctrina penal alemana es conteste, por ejemplo, en que la prohibición de aplicar la ley penal en forma retroactiva o el principio de *nemo tenetur* se relacionan con el principio de culpabilidad y tienen fuente de inspiración en la dignidad humana. Véase por todos Brigitte Kelker, "Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht", en H.-U. Paeffgen et al. (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 2011, pp. 1678 s.

⁸³ En la doctrina uruguaya se entiende que la defensa de la seguridad jurídica es fundamental para entender el concepto de derechos humanos. Véase Jorge Marabotto, "Derechos humanos y crisis: ¿Crisis de los derechos humanos?", en *Derechos humanos en situaciones de crisis en Uruguay*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Asociación de Magistrados del Uruguay, 2002, p. 31. Con relación al concepto de derechos y los principios penales, Milton Cairoli, "Derechos humanos en situaciones de crisis en Uruguay", ibidem, pp. 14 ss. Véase también Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR), *Estudio sobre armonización legislativa conforme a los tratados de derechos humanos ratificados por Uruguay*, Montevideo: IELSUR, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2006, pp. 77 s.

fuentes de interpretación del derecho internacional coexisten con las fuentes nacionales y ambas se someten a principios superiores de derecho para definir el objetivo de protección integral de los derechos y libertades de las personas.⁸⁴

Según todas estas fuentes, los individuos tienen un derecho inalienable e irrestricto a ser protegidos del ejercicio estatal del *ius puniendi* reconocido por todos los tratados internacionales que protegen los derechos humanos y por las normas del orden nacional. El debido proceso es un derecho fundamental que no puede sufrir merma en un Estado de derecho.⁸⁵ Los derechos humanos relacionados con el debido proceso —por un lado— exigen el derecho de las víctimas al acceso a la justicia, al conocimiento de la verdad y a la reparación del daño y —por otro— exigen la protección individual frente al ejercicio político del derecho penal.⁸⁶ Los derechos humanos no solo tienen que ser protegidos por el derecho penal sino también del derecho penal.⁸⁷

Ahora bien, si en el marco de la política criminal de lucha contra el mal y contra la impunidad fundada en principios superiores de justicia se pregonan un “derecho penal transicional” con características propias y distintas a las del derecho penal,⁸⁸ para que este pueda superar la barrera del principio de legalidad y de proporcionalidad debería estar delimitado material y formalmente de forma clara y previa. Es decir, se tiene que saber antes de su aplicación para qué tipo de delitos existe una merma de los derechos y garantías de los autores; pero principalmente cuando se trata de delitos cometidos muchos años atrás, para superar la barrera del principio de irretroactividad, se tiene que conocer a partir de qué momento este derecho estuvo vigente. De esta forma, los justiciables sabrán de antemano que en caso de cometer determinados crímenes no solo serán castigados con una pena, sino que también deberán soportar una disminución en

⁸⁴ Ibídem, p. 103.

⁸⁵ Véase Gonzalo Fernández, *Derecho penal y derechos humanos*, Montevideo: IELSUR y Trilce, 1988, pp. 25 ss., 31 s. En Uruguay hay quien sostiene que el ejercicio del *ius puniendi* es una potestad del Estado que no se deriva de ningún derecho del hombre. Véase Augusto Durán Martínez, o. cit. (nota 39), p. 41.

⁸⁶ El Estado de derecho impide que el derecho penal sea utilizado como mera herramienta política contra una determinada franja de autores, pues “el poder penal del Estado pierde su legitimidad, cuando deja de operar ‘en clave de Derechos Humanos’ para la protección del ciudadano común, así como para la tutela del ciudadano delincuente”. Véase Gonzalo Fernández, “Derechos humanos y legislación penal”, en *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Montevideo: Cuadernos Facultad de Derecho, 1986, p. 59.

⁸⁷ Véase Cornelius Prittitz, “Schutz der Menschenwürde durch das Strafrecht oder vor dem Strafrecht?”, en C. Prittitz e I. Manoledakis (eds.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Baden Baden: Nomos, 1998, pp. 19 ss.

⁸⁸ Véase Christine Bell, “The ‘New law’ of Transitional Justice”, en Kai Ambos, Judith Large y Marieke Wierda (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlín: Springer, 2009, pp. 105 ss.

sus garantías a la hora de la investigación. Este nuevo derecho penal (transicional) tendrá que explicar en qué medida principios como la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal o el *nemo tenetur*, que favorecen al autor frente al poder punitivo, (ahora) pierden vigencia o se reformulan para reaccionar punitivamente y beneficiar a la víctima en sus derechos.

De la jurisprudencia de la Corte IDH se pueden inferir algunos elementos fácticos y/o funcionariales que parecen ser decisivos para legitimar esta política criminal que permite una disminución de las garantías procesales en los casos en que el autor forme parte de un aparato organizado de poder que actúa fuera de la legalidad, o cuando persiga determinadas políticas de Estado para cometer graves crímenes contra los derechos humanos, o cuando se valga de las estructuras del Estado de forma sistemática para llevar adelante ataques masivos contra las víctimas. La tarea dogmática requiere entonces definir las características materiales y formales propias del derecho penal transicional para establecer cuándo (en qué casos) y en qué proporción algunos principios —como, por ejemplo, el principio *favor rei*— ceden o disminuyen su poder de garantía, de modo que se pueda diferenciar entre este sistema penal de transición y el sistema penal.

4. En lo que refiere a la cuestión penal desde un punto de vista positivo, es muy difícil sostener que del texto de la CADH se pueda llevar a cabo una interpretación *favor victima y/o in dubio pro victima* que pueda oponerse de modo neutralizador a una interpretación *favor rei y/o in dubio pro reo*. Una interpretación basada en la prudencia indica que se requiere una ponderación que debería llevarse a cabo frente a cada caso concreto.⁸⁹ En todo caso, si se trata de ponderar ambos principios, mientras no exista aceptación respecto del alcance de este nuevo “derecho penal transicional”, la máxima aplicable estaría dada por la siguiente fórmula que puede servir como hipótesis a ser verificada en futuros trabajos: cuando se juzga por la Corte IDH la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos humanos es preponderante el principio *favor victima y/o in dubio pro victima*, y cuando se juzga la responsabilidad de una persona por la comisión de un delito por la justicia penal es preponderante el *favor rei y/o in dubio pro reo*. Los principios derivados del Estado de derecho, el *rule of law* y la dignidad humana parecen apoyar una hipótesis como esta.

⁸⁹ En relación con la necesidad de prudencia en el ámbito judicial, véase Otfried Höffe, *Democracy in an Age of Globalisation*, La Haya: Springer, 2007, pp. 150 ss.

5. Este trabajo no aboga por el incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH ni desconoce su indispensable función protectora de los derechos humanos, sino que cuestiona aquellas interpretaciones de la Corte IDH que refieren a la responsabilidad penal de los individuos que puedan ser contrarias a los principios contenidos o derivados del texto de la CADH.⁹⁰ Buen ejemplo es el párrafo 254 de la sentencia del caso *Gelman*, que se refiere al debilitamiento de las garantías individuales frente al derecho penal. Si consideramos que no hay acuerdo sobre el contenido material y formal de un “derecho penal transicional” que establezca criterios determinados para la punición de las más graves violaciones de los derechos humanos, la interpretación judicial tiene que respetar los principios de inocencia y de igualdad ante la ley (artículo 8.2 CADH), incluso cuando se trate de “terroristas de Estado”.⁹¹ La doctrina del “estándar máximo” —que exige aplicar el “mayor nivel de protección” de los derechos humanos— y el principio de igualdad⁹² no se condicen ni con la lógica del derecho penal internacional nacido con los juicios de Núremberg (basado en la persecución selectiva del “enemigo vencido” normativizada de forma definitiva a partir del Estatuto de Roma),⁹³ ni con la política criminal internacional de lucha contra la impunidad, que no solo justifica la persecución por medio del principio de justicia universal⁹⁴ sino que, cuando carece de todo límite,

⁹⁰ Como también surge del artículo 53 del Convenio Europeo Derechos Humanos (CEDH), los Estados se someten al obligado cumplimiento de las sentencias internacionales según los medios de ejecución nacionales para ejecutarlas. Lo que estas sentencias no pueden es “derogar una ley, o anular un acto administrativo, o revocar una sentencia judicial contrarias al Convenio”, porque ello ya cae en la competencia de los órganos nacionales respectivos. Véase Jacobo López Barja, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Madrid: AKAL y IURE, 1991, p. 13.

⁹¹ Las distinciones entre amigos-enemigos, ciudadanos-enemigos, personas buenas-personas malas escapan al Estado de derecho y lesionan el principio de dignidad humana. Véase Kai Ambos, “Derecho penal del enemigo” (trad. Gómez-Jara), en M. Cancio y C. Gómez-Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo y Buenos Aires: B de F, 2006, p. 153.

⁹² Sobre el principio de igualdad en sentido amplio y en particular el principio de igualdad ante la ley, véase Sandra Fredman, *Human Rights, Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 175 ss., 181 ss.

⁹³ Sobre el tema, en profundidad, Hans-Heinrich Jescheck, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1953, pp. 3, 9, 16, 196 s., 415. También Daniel Pastor, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale” (trad. Fronza), en M. Donini y M. Papa (cuidado de la edición), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milán: Giuffrè, 2007, pp. 204 ss.

⁹⁴ Véase Kai Ambos, “Derecho penal del enemigo”, o. cit. (nota 91), p. 129. Este autor pone en evidencia que el enemigo interno está totalmente desprotegido porque no tiene límites ni está sujeto a la protección de la ley, como sucedió con las víctimas de la desaparición forzada por parte del terrorismo de Estado. También Eduardo Demetrio, “Feindstrafrecht und Rechtstheorie” (trad. Blumenberg), K. Karsai et al. (eds.), *Freiheit - Sicherheit - (Straf)Recht. Beiträge eines Humboldt-Kollegs*, Osnabrück: Universitätsverlag Osnabrück, 2011, pp. 59 ss.

puede llegar a enmascarar la tradicional teoría del *hostis humanis generis*.⁹⁵ Esta lógica, aceptada por la comunidad internacional para luchar contra determinadas formas de criminalidad a partir del Estatuto de Roma, encuentra límites en determinadas reglas y garantías procesales que tienen que ser respetadas cuando se somete a un individuo al ejercicio del *jus puniendi* estatal o de la comunidad de estados.

6. La jurisdicción de la Corte IDH se activa cuando el Estado no ha respetado (por acción u omisión) los derechos (humanos) de las víctimas. La Corte IDH tiene competencia para comprobar la violación de la CADH y responsabilizar al Estado, exigiendo la reparación adecuada. El problema se presenta cuando la reparación adecuada puede ser contraria al texto de la CADH y exigir que el Estado intervenga por medio del derecho penal para dictar una condena penal de determinados autores, habiendo primero procedido a la “remoción de todos los obstáculos jurídicos” a la punición. Un Estado de derecho no puede disminuir las garantías individuales para favorecer o facilitar castigos, porque ello contradice la esencia misma de esta forma de gobierno y vuelve a la justicia funcional a la política. Una reparación como esta puede en algún caso en concreto acarrear la lesión de determinados derechos contenidos en el texto de la CADH y de la Constitución nacional, cuando esos “obstáculos” son garantías y principios fundamentales del sistema penal.⁹⁶ Esta posibilidad sugiere que dicha exigencia sea sometida a un juicio de conveniencia por el órgano encargado de la ejecución.

Véase que en el derecho penal internacional (incluso con posterioridad a la creación de un tribunal permanente) la competencia para juzgar los crímenes más graves continúa en poder de los Estados nacionales.⁹⁷ El principio de subsidiariedad (artículo 17

⁹⁵ Véase Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá: Ibáñez, 2006, p. 28. El “hostis populi Romani” declarado por Cicerón al descubrir y castigar la conspiración de Sergius Catilina para derrocar su régimen no significaba otra cosa que “convertirlo en objeto de venganza pública”. Klaus Adomeit, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica* (trad. Bacigalupo), Madrid: Civitas, 1984, p. 186.

⁹⁶ El principio de *tutela judicial efectiva* y el principio *pro homine* no pueden ser interpretados solo en beneficio de la víctima, sino que también amparan al autor. Así lo pone de manifiesto la sentencia 211, de 31.7.2012, del Tribunal de Apelaciones de 4.º Turno en la causa Álvarez Armellino, *Gregorio Conrado. Coautor de un delito de Homicidio muy especialmente agravado. I.U.E.: 87-10103/2002*, que sostiene una defensa de los principios y garantías rectores del proceso penal: “En tan acotado marco legal y de principios, la personalidad o aberración de los actos que puedan vincular a una persona con determinada causa, no habilitan al Juez en Estado de Derecho a apartarse del principio rector. En el caso, más allá de la arbitrariedad o aberración con que haya actuado el imputado en su vida personal o pública, el tribunal competente no queda eximido por ese fundamento, de prescindir de las garantías del debido proceso legal en toda su extensión, en particular en la valoración de la prueba” (p. 9).

⁹⁷ Esta potestad es, además, exclusiva cuando las violaciones a los derechos humanos no cumplen con determinados elementos de contexto, como ser parte de ataques sistemáticos o masivos (políticas de Estado).

del Estatuto de Roma [ER]) confirma que la jurisdicción internacional solo puede ser activada cuando el Estado no puede o no quiere llevar a cabo una investigación penal.⁹⁸ Pero el Estatuto de Roma no exige que los juicios penales disminuyan las garantías individuales, sino que se lleven a cabo. Los obstáculos procesales tienen que ver con formas de amnistía que impidan la investigación y el posible castigo de determinados delitos.⁹⁹ De modo que si Uruguay a partir de 2005 ha iniciado investigaciones penales contra los crímenes cometidos durante la dictadura, a pesar de la vigencia de la Ley de Caducidad, significa que ha dado cumplimiento de modo satisfactorio a la exigencia internacional de punibilidad que rige a partir del ER para con los crímenes que acarrean las más graves violaciones a los derechos humanos. Uruguay ha actuado según la obligación de investigar (y castigar) y ha cumplido con la prohibición de amnistiar estos crímenes. La obligación de “remoción” de la ley por la Corte IDH puede ser considerada exagerada mientras no impida el inicio de una investigación penal. La obligación de punir que funcionaliza el derecho penal al castigo parece también exagerada y contraria a las posiciones doctrinales dominantes toda vez que las investigaciones penales tienen como punto de partida el principio de inocencia y se llevan a cabo para castigar o sobreseer individuos en un caso concreto. La remoción de la Ley de Caducidad no es esencial mientras su interpretación no impida que las denuncias penales sean consideradas por la justicia penal y que, según criterios jurídicos, tengan lugar procesos penales.

7. En el marco de la exigencia de “remoción de todos los obstáculos jurídicos” que impidan el castigo penal, los mayores inconvenientes derivados de la interpretación de la CADH se producen con las sentencias nacionales pasadas en autoridad de cosa juzgada, que la Corte IDH exige no tener en cuenta, con independencia de una comprobación efectiva de la falsedad de la cosa juzgada.¹⁰⁰ La cosa juzgada guarda relación con la seguridad jurídica¹⁰¹ y con la prohibición de *ne bis in idem*, también recogida en las cartas

⁹⁸ Sobre el tema, Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), p. 264.

⁹⁹ Véase Marcelo Torelly, *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*, Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 87 ss.

¹⁰⁰ La sentencia de *Almonacid Arellano contra Chile* es paradigmática sobre la cuestión de la cosa juzgada. En ese aspecto Radbruch sostiene que la seguridad jurídica y la cosa juzgada pueden caer cuando son producto de una grave injusticia por vicios o errores en la aplicación del derecho que la hacen inadecuada a derecho. En esos casos la nulidad proviene de la propia seguridad jurídica que despoja a la sentencia de fuerza obligatoria. Véase Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito* (trad. Cabral de Moncada), vol. II, Coimbra: Coimbra, 1961, p. 122 s.

¹⁰¹ Sobre el valor de la cosas juzgada para la seguridad jurídica, Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. Wenceslao Roces), México: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 41.

internacionales de protección de los derechos humanos y en el Estatuto de Roma. La ley penal no puede ser aplicada de forma retroactiva; este es un principio consagrado en la CADH (artículo 9) y en el ordenamiento jurídico uruguayo. La tipicidad debe de ser previa y, si ella está contenida en una norma internacional, la prohibición debe de estar formulada claramente, con independencia de que sea escrita o consuetudinaria.¹⁰² Pero, además, la prohibición de retroactividad surge del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también contiene su reverso, esto es, la retroactividad de las normas favorables al reo.¹⁰³ Otro gran inconveniente se produce con el principio de *nemo tenetur se ipsum accusare* cuando en la lucha contra la impunidad y contra el horrendo crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada de personas se exige al autor que colabore con la investigación penal para el descubrimiento de la verdad.¹⁰⁴

Ninguna de estas disminuciones de las garantías procesales en perjuicio del indagado y en favor del afán punitivo puede ser tolerada por el Estado de derecho,¹⁰⁵ aunque se trate de un mandato de la Corte IDH, porque no se condice con un derecho penal de ciudadanos sino que parecería estar más cercano de un derecho penal y procesal penal contra enemigos.¹⁰⁶ El denominado *primer principio de justicia* exige la igual aplicación del principio del Estado de derecho a todos los ciudadanos, evitando cualquier aplicación arbitraria de la ley.¹⁰⁷ La validez normativa de los derechos humanos depende, en la esfera individual, del cumplimiento de las obligaciones recíprocas de no lesión por los ciudadanos,¹⁰⁸ así como, en la esfera estatal, depende de que el Estado cumpla con las

¹⁰² Como dice Werle: “[...] este principio exige la determinación de las normas del derecho penal internacional, aunque de una manera menos estricta que la exigida en el derecho continental europeo; también prohíbe una punición con efecto retroactivo y una punibilidad basada en la analogía”. Véase Gerhard Werle, *Tratado de derecho penal internacional* (trad. Díaz Pita et al.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 86 s.

¹⁰³ También está consagrado en los artículos 22 a 24 del Estatuto de Roma.

¹⁰⁴ Véase Pablo Galain Palermo, “El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas”, en F. Muñoz Conde et al. (dirs.), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 419-448.

¹⁰⁵ En relación con los individuos, derecho penal (nacional e internacional) y derechos humanos “son dos caras de una misma moneda: cada persona natural es destinataria de derechos (humanos) y deberes (acciones u omisiones calificadas penalmente) internacionales”. Véase Gerhard Werle, o. cit. (nota 102), p. 98.

¹⁰⁶ Francisco Muñoz Conde, *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, pp.29 s.; Tatjana Hornle, “Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‘Feindstrafrecht’”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, n.º 153, 2006, pp. 80 ss.; Cornelius Prittitz, “Diritto penale del nemico” (trad. Summerer), en M. Donini y M. Papa (cuidado de la edición), o. cit. (nota 93), pp. 139 ss.

¹⁰⁷ Véase por todos Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), pp. 37, 260.

¹⁰⁸ Véase Claudio Corradetti, *Relativism and Human Rights. A Theory of Pluralistic Universalism*, Berlín: Springer, 2009, p. 136.

obligaciones derivadas de los principios del Estado de derecho, igualdad y responsabilidad, y respete y vele por los derechos humanos de todos los ciudadanos por igual.¹⁰⁹

Según esta lógica, el Estado está obligado a la mayor protección de los derechos humanos tanto cuando se trata de brindar protección y reparación a las víctimas como cuando se trata de someter a los autores a la justicia penal.¹¹⁰ Pero, además, la protección de los derechos humanos exige, en la esfera individual, renunciar a una “justicia de vencedores” entre los miembros de la sociedad que se encuentran en ejercicio del poder y, en la esfera estatal, aplicar los principios democráticos del Estado de derecho.¹¹¹ Téngase en cuenta que uno de los objetivos de la justicia de transición es el mantenimiento de la paz social duradera, que no puede depender de la interrelación de fuerzas en ejercicio del poder.¹¹² Esta lógica no puede ser desconocida para aplicar excepciones a la justicia (o aceptar que se debiliten sus principios)¹¹³ legitimadas en derechos de las víctimas al castigo (absoluto), a la verdad (por medio del procedimiento penal) o a la reparación (por medio del cumplimiento efectivo de una pena), porque ello significaría reconocer que los derechos humanos pueden ser funcionales a la política.

¹⁰⁹ Véase Hélène Ruiz Fabri, “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?”, en Phillip Alston y Euan Macdonald (eds.), *Human Rights, Intervention, and the use of Force*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 34. La doctrina más actual, destaca la importancia de las políticas estatales en el respeto de los principios y estándares (*soft law*) de protección de los derechos humanos antes que cualquier tipo de sanción jurisdiccional (nacional o internacional) basadas en el *hard law*. Véase David Forsythe, *Human Rights in International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 14 ss.

¹¹⁰ El principio de justicia exige que la misma justicia se lleve a cabo tanto contra los autores que han sido vencidos como contra los autores poderosos que aún no lo han sido. Véase Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), p. 265. Como dice: “La justicia se tiene que imponer en todo lugar, durante todo el tiempo, para las víctimas y los autores y, por todo eso, a través del sistema legal general” (traducción libre). Ibídem, p. 267.

¹¹¹ Ello porque una paz duradera no puede estar basada en criterios de sumisión, que, entre otras cosas, puedan derivar en una justicia arbitraria y poner a la paz en una situación de fragilidad que dependa de la relación de fuerzas. Höffe opone a la máxima “*si vis pacem, para bellum*” (‘si deseas la paz, prepárate para la guerra’) aquella otra: “*si vis pacem, para iustitiam*” (‘si deseas la paz, proporciona justicia’) y la regla del Estado de derecho), en cuanto “*opus iustitiae pax*” (‘la paz es fruto de la justicia’). Véase Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), p. 267.

¹¹² Véase Jon Elster, “Justice, truth, peace”, en Morten Bergsmo y Pablo Kalmanovitz, (eds.), *Law in peace negotiations*, Oslo: International Peace Research Institute, 2009, pp. 21 s., 26 ss.

¹¹³ Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), p. 266.

6. Los controles de constitucionalidad y de convencionalidad: aplicación del derecho como lucha de resistencia y límite a la política

1. La función de la Corte IDH también puede ser analizada desde el punto de vista positivista, sin que ello signifique adoptar esta posición teórica. La teoría del derecho contemporánea se ha asumido como una indagación sobre la praxis judicial concentrada en dos preguntas básicas: ¿cómo deben ser los ordenamientos jurídicos? y ¿cómo deben aplicar los jueces el derecho?¹¹⁴ Aunque ambas preguntas están relacionadas y se influyen correlativamente, aquí nos interesa el segundo aspecto controvertido, el que se relaciona con la forma de interpretación del derecho abstracto al caso concreto y las fronteras entre la política y la justicia (lo político y lo jurídico) en tiempos de activismo judicial.¹¹⁵ Esa frontera, en todo caso, viene dada por la materia en la que el juez se desenvuelve y por la finalidad de la rama jurídica en la que dirime el conflicto. Según las teorías constructivistas cuanto mayor coherencia y legitimidad se reconozca al sistema jurídico, mayor debería de ser la neutralidad judicial; de modo que frente a un sistema armónico y completo la función judicial se limita a seguir las técnicas de interpretación allí estipuladas.¹¹⁶

La Corte IDH, sin embargo, parece adoptar la posición de las teorías críticas que exigen un compromiso subjetivo cuasipolítico del juez que dirime conflictos entre intereses enfrentados. En mi opinión, sin desconocer que la Corte IDH tiene que lidiar con casos difíciles y con Estados reticentes, generalmente se encarga de dirimir conflictos relacionados con derechos insatisfechos de víctimas individuales o grupos de víctimas respecto a las obligaciones de protección de los Estados que están previamente descritas en la CADH y que ya han pasado por el filtro político de la Com IDH. En ese sentido

¹¹⁴ "De una parte, ¿los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes? Y de otra, ¿los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de derecho inspirados por razones políticas y morales?". Véase César Rodríguez, "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial", en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 19.

¹¹⁵ A favor de controlar la creación del derecho por parte de los jueces y de mantener estándares claros de interpretación, véase Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), pp. 260 s.

¹¹⁶ El Estado de derecho se sostiene por medio de la sanción e implementación de normas de una manera no arbitraria y armónica, como dice Norrie: "Esto depende de un sistema de normas que no se contradigan a sí mismas, que sean consistentes y coherentes". Ello requiere que los jueces reconozcan y obedezcan las reglas existentes a través de un sistema de estándares pre establecidos. Véase Alan Norrie, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, Beccles y Londres: Butterworths, 2.^a ed., 2001, p. 8 (traducción libre).

el derecho escrito como sistema armónico (la CADH) debería ser considerado según sus disposiciones y su espíritu, pero no puede quedar como rehén de la ideología de sus aplicadores y de las cambiantes circunstancias políticas (de las que se encarga la Com IDH). La CADH tiene que ser interpretada según principios propios de la justicia y con la prudencia que un intérprete último debe adoptar para sentar criterios duraderos.¹¹⁷ Lo dicho no significa aceptar que la interpretación del derecho obedece a reglas de la lógica pura, sino que existen circunstancias sociales y de la realidad que limitan la discrecionalidad del intérprete.¹¹⁸ Existen estándares jurídicos que deben ser respetados al interpretar y ejecutar el derecho, incluso por las últimas instancias judiciales.¹¹⁹ En resumidas cuentas, el juez tiene prohibido *cambiar las leyes* mediante su interpretación.¹²⁰ Es evidente que en todo grupo social que se sujeta a normas de conducta no se requiere que todos los miembros se identifiquen con los comportamientos regulados sino que exista una base fidedigna o de confianza, de modo que estos puedan ser predecibles.¹²¹

2. De todas formas, e independientemente de la disputa teórica, en cualquier sistema (nacional o supranacional) regido por el principio Estado de derecho, los derechos humanos son el límite a las interpretaciones de los textos normativos en perjuicio de los derechos humanos allí contenidos.¹²² La Corte IDH (como la Corte Penal Interna-

¹¹⁷ Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, pp. 150 ss., 162. Véase que según Kantorowicz la interpretación literal incluso en caso de lagunas tiene límites objetivos impuestos por el propio texto. Según este autor no hay forma de distinción posible entre actos legales o ilegales de un juez o entre decisiones justificables o injustificables (pues todos son *reales*) si no se recurre a criterios jurídicos (que son una cosa distinta de los comportamientos reales). Hermann Kantorowicz, "Some rationalism about realism", *Yale Law Journal*, vol. 43 (1934). pp. 1240 ss.

¹¹⁸ Con relación a la teoría del *realismo jurídico* y sus críticas acerca de la certeza del derecho como valor jurídico fundamental, véase Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milán: Giuffrè, 1962, pp. 8 ss.

¹¹⁹ Herbert Hart, *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press, 2^a ed., 1994, pp. 124 ss., 141 ss. Según Hart, la ley o la Constitución no pueden ser aquello que los jueces (arbitrariamente) decidan que son, pues aun los jueces superiores que no están sometidos a ninguna otra instancia revisora están sometidos a reglas jurídicas. Ibídem, p. 145. Los jueces aplican y se someten a estos estándares, pero no son sus creadores. En sus palabras: "The adherence of the judge is required to maintain the standards, but the judge does not make them". Ibídem, p. 146.

¹²⁰ Véase Duncan Kennedy, o. cit. (nota 114), pp. 96 s.

¹²¹ Ibídem, p. 147. Véase que las normas de la moral (los sistemas morales) cambian según la cultura; sin embargo, la legalidad es un subgrupo que permanece constante. Véase Eric Posner, "Transitional Prudence: A comment on David Dyzenhaus, 'Leviathan as a Theory of Transitional Justice'", en Melissa Williams et al. (eds.), *Transitional Justice*, Nueva York y Londres: New York University Press, 2012, p. 222. De todas formas, este autor sugiere que la justicia (en particular la de transición) no se mueva por pasiones ni por ideologías, sino que sea producto de la prudencia. Ibídem, p. 231.

¹²² La idea de Estado de derecho (*Rechtstaat*) se fundamenta y legitima en el reconocimiento de los derechos esenciales de los seres humanos, lo que implica la exclusión de cualquier ejercicio arbitrario del poder y el respeto de las garantías contenidas en la Constitución, incluidas las cortes de justicia. Véase Giorgio Del Vecchio, "On the Functions

cional) se encuentra legitimada y limitada a la misma vez por los derechos humanos.¹²³ La Corte IDH actúa como intérprete de la CADH por concesión de los Estados, que le encomiendan velar por la protección de los derechos sometiéndose a su criterio, que previamente ha sido limitado por el texto pactado.¹²⁴ El legislador es el Estado y la Corte IDH solo el intérprete, a quien le está vedada la creación de nuevo derecho. La Corte IDH solo es *la boca que pronuncia las palabras de la ley* (para decirlo en palabras de Montesquieu), si bien ella tiene la potestad de argumentar (para decirlo en palabras de Alexy) e integrar mediante la interpretación con ciertos límites provenientes del espíritu de la ley cuando decide el caso concreto.¹²⁵ Las interpretaciones de la ley luego tienen que ser ejecutadas en un *mundo concreto*, rodeado de sus propias circunstancias y con características propias.¹²⁶

La doctrina no es conteste sobre cuál es el método de interpretación correcto; lo cierto es que el problema tampoco puede ser resuelto por la jurisprudencia.¹²⁷ Esto no significa negar la potestad integradora que tiene el juez, sino sujetarla a estándares de prudencia que no renuncien a la justicia como espíritu de la ley.¹²⁸ En realidad se trata

and Aims of the State", en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis: Editorial Council, 1962, p. 143. El principal deber del Estado es la protección de los derechos naturales de sus ciudadanos. Ibídem, p. 147.

¹²³ Véase Gerhard Werle, o. cit. (nota 102), p. 101. Como dice: "también el acusado de un crimen de derecho internacional tiene derecho a un proceso penal justo, que se corresponda con los principios y estándares de los derechos humanos". Ibídem, p. 102.

¹²⁴ Ello no implica desconocer la naturaleza creativa de la interpretación de la ley, que debe someterse a las reglas de lo razonable o sensato (*reasonable rules*), pero que no pueden interpretarse siguiendo meras reglas de la lógica. Las reglas implican tener en cuenta la realidad social en la que operan la interpretación y los valores, fines y otras condiciones sociales en juego al momento de la sentencia. Véase Luis Recasens-Siches, "The logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)", *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, o. cit. (nota 123), p. 194.

¹²⁵ Es curioso ver cómo los jueces de la Corte IDH actúan de un modo similar a los jueces del sistema *common law* (descubriendo la ley), cuando la casi totalidad de los Estados sometidos a su jurisdicción pertenecen al sistema continental o *civil law* y se someten a sus reglas de interpretación y aplicación. Sobre la función de interpretación jurídica apegada a textos, véase Riccardo Guastini, *Della fonti alle norme*, 2.^a ed., Turín: Giappilechi, 1992, pp. 33 ss. Sobre la interpretación según la denominada *lógica de lo humano*, véase Luis Recasens -Siches, o. cit. (nota 124), pp. 213 ss.

¹²⁶ Y ese mundo concreto es limitado, pues ofrece algunas posibilidades pero carece de otras. Ibídem, p. 214. La lógica de lo razonable está limitada por las circunstancias concretas de aplicación y por las condiciones sociales (incluso históricas) que rodean a esas reglas legales. Ibídem, pp. 215-217.

¹²⁷ Ibídem, p. 218. La doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo, se aflian a las reglas de la "sana crítica" que solo pueden ser enunciadas como "reglas del entendimiento humano y de la experiencia", las cuales tampoco sirven para explicar las reglas de la interpretación.

¹²⁸ Incluso cuando se parte de una concepción de la justicia basada en el daño inferido a la víctima y en su reparación como forma de hacer justicia. Véase Manuel Reyes Mate, *Tratado de la injusticia*, Barcelona: Anthropos, 2011, pp. 261, 270. Así como si se parte de la injusticia cometida a la víctima como elemento esencial de la justicia y no

de encontrar la solución más adecuada para resolver un conflicto en particular, un caso concreto rodeado de determinadas circunstancias sociales y con concretos valores en juego, según reglas de la experiencia, la razón y el entendimiento humano.¹²⁹ Esto también se aplica para la denominada justicia de transición, pues sus consecuencias repercuten en un momento histórico-social determinado. Si bien las condiciones sociales cambian, la base de la interpretación es el texto concreto a ser interpretado y ejecutado.¹³⁰

Con su jurisprudencia constante, la Corte IDH obliga a los Estados a ejecutar resoluciones que no solo surgen del texto y el espíritu de la CADH, sino de sus interpretaciones extensivas o evolutivas (*creadoras y ampliadoras*) de derechos y obligaciones. En ocasiones, al interpretar la CADH, la Corte IDH supera los límites impuestos por el tratado internacional mediante teorías de la interpretación que la convierten en legislador,¹³¹ pero, además, luego exige que esto sea cumplido de buena fe por los Estados (apelando al derecho que regula el cumplimiento de los tratados, que en puridad de conceptos son acuerdos sometidos a la reciprocidad entre Estados). El problema se agrava cuando la teoría extensiva o evolutiva que utiliza la Corte IDH se refiere al derecho penal y deviene en analogía *in malam partem*, que luego tiene que ser ejecutada por las autoridades nacionales con el riesgo de contradecir el ordenamiento jurídico.¹³² La Corte IDH, de esta forma, no solo realiza una función legislativa que le está prohibida, sino que esta no superaría el control de constitucionalidad en el orden nacional.

3. Al momento de interpretar la CADH para aplicar a un caso concreto, el sistema interamericano debería evitar problemas lógicos o sistémicos que deriven en la denominada *inconsistencia* de una resolución.¹³³ De este modo, por ejemplo habría que armonizar las interpretaciones de la Com IDH con las de la Corte IDH, de tal forma que las

como el frío enunciado de principios abstractos. Véase Bartolomé Ruiz Castor, "Justiça anamnética e alteridade ferida, por uma justiça das vítimas", en Bethania Assy et al. (coords), *Direitos humanos. Justiça, verdade e memória*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012, pp. 49 ss.

¹²⁹ La interpretación sigue una lógica de lo razonable que se tiene que ajustar al texto interpretado, pues ella no puede deducir de aquellas situaciones no previstas o que no se puedan derivar propiamente de la regla analizada. Véase Luis Recaséns -Siches, o. cit. (nota 124), p. 221.

¹³⁰ Ibídem, p. 219.

¹³¹ Según Guastini, "En derecho, la interpretación es típicamente reformulación de los textos normativos de las fuentes"; el intérprete está sujeto a la norma, no puede "producir la norma" mediante la interpretación. "Una cosa es decidir cuál es el significado de una disposición; otra, construir una 'disposición' (apócrifa) inexistente". Véase Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. Gascón y Carbonell), México: UNAM, 1999, pp. 5 ss., 69.

¹³² Sobre las diferencias entre interpretación evolutiva o extensiva y analógica, ibídem, pp. 70 ss.

¹³³ Sobre el tema Alf Ross, *Direito e justiça* (trad. Bini), San Pablo: Edipro, 2.ª ed., 2007, pp. 158 ss.

resoluciones de una no contradigan las de la otra. No es coherente desde un punto de vista sistémico que la Com IDH determine que el sistema penal uruguayo es contrario a la CADH y que en la primera sentencia de condena contra el Uruguay la Corte IDH exija no solo la aplicación de ese mismo sistema penal sino que además se aplique disminuyendo aún más las garantías procesales. El sistema interamericano requiere mayor coherencia interpretativa (desde un punto de vista jurídico) al momento de emitir sus resoluciones para que estas no se vuelvan contradictorias.

4. En lo que a este trabajo importa, la Corte IDH es el órgano interpretación de la CADH y la SCJ de Uruguay es el órgano de aplicación o ejecución,¹³⁴ dos tareas que, si bien están relacionadas, son totalmente diferentes.¹³⁵ La tarea de interpretación no tiene asignados los valores de veracidad¹³⁶ y mucho menos puede incorporar un significado propio a la norma, a cuyo texto se sujeta.¹³⁷ Aquello que ha sido interpretado por la Corte IDH tiene que ser aplicado por la SCJ, encargada de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en lo que refiere al ordenamiento jurídico uruguayo.¹³⁸ En ese sentido quedan algunas preguntas sin responder: ¿Debe el Uruguay aplicar o ejecutar las sentencias de condena de la Corte IDH cuando una parte de ellas no superaría el control de constitucionalidad y/o de convencionalidad en el orden interno? ¿Cuál es el límite entre un cumplimiento total o parcial y un incumplimiento que amerite la responsabilidad internacional?

¹³⁴ Según reconoce la SCJ en la sentencia del caso *Sabalsagaray*, de 2009, ella es el órgano máximo de contralor incluso para las decisiones populares producto del ejercicio de democracia directa (plebiscito y referéndum, artículos 4 y 82 de la Constitución uruguaya). Pablo Galain Palermo, "Übergangsjustiz und Vergangenheitbewältigung in Uruguay", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

¹³⁵ "La interpretación tiene como objeto no ya normas, como se sostiene, sino más bien textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos). Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva [...] el término 'aplicación', especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones que incluyen, junto a la interpretación propiamente dicha, ya sea la calificación de un supuesto de hecho concreto (Tizio ha cometido tal delito), ya sea la decisión de una específica controversia (Tizio debe de ser castigado con tal pena)". Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, o. cit. (nota 131), p. 10.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 13.

¹³⁷ Véase Alf Ross, o. cit. (nota 133), pp. 135 ss.

¹³⁸ Véase Carlos Ayala, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, vol. 5, n.º 1, Universidad de Talca, 2007, p. 131; Carlos Ruiz Miguel, "El largo y tortuoso camino...", o. cit. (nota 76), pp. 27 ss.

5. ¿Pueden erigirse principios superiores del derecho en un límite a la interpretación judicial que responde a una orientación política de lucha contra la impunidad?¹³⁹ Esta pregunta aquí no puede ser respondida. La existencia de “un conjunto de normas imperativas cuya violación lleva a la nulidad de la disposición que las contradice (normas de *ius cogens*)” que tienen como objetivo la protección de los derechos humanos¹⁴⁰ no tiene por qué tener como correlato que se las utilice en una lucha política contra la impunidad de un modo excluyente en relación con los derechos humanos que protegen al individuo frente al Estado o la comunidad de Estados.¹⁴¹ La Corte IDH acompaña el desarrollo del derecho internacional que deja de ser un sistema de cooperación para convertirse en uno de defensa de determinados intereses, a los que los Estados parte se tienen que plegar.¹⁴² Así, la Corte IDH se erige en el órgano con preeminencia sobre los órganos nacionales (parlamentarios o judiciales), sometidos a sus designios.¹⁴³

La exigencia del control de convencionalidad al que se deben someter las normas internas con relación a su contradicción con las internacionales permite a la Corte IDH dictaminar la remoción de cualquier norma que pueda llegar a contradecir una norma

¹³⁹ Una posible respuesta a estas interrogantes proviene de Malarino, quien cuestiona y rechaza la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, que solo constituyen una orientación para los aplicadores nacionales del texto de la CADH. Véase Ezequiel Malarino, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 65), pp. 428 ss.

¹⁴⁰ Un sector de la antropología es muy crítico del concepto de derechos humanos construido por el derecho internacional según una cosmología universalista cristianocéntrica o eurocéntrica proveniente de la “colonización” de América. Este concepto de derechos humanos es excluyente porque desconoce otras visiones del orden mundial y de la dignidad del hombre y asume la exclusión de esas otras cosmologías del objeto de protección. Véase Ramón Grosfoguel, “Los derechos humanos y el antisemitismo después de Gaza”, *Universitas Umanistica*, 68, Bogotá, 2009, pp. 157-177. La sociología se refiere a un nuevo paradigma que pregonó la coexistencia y una legalidad incluyente que está fundada en la conciencia del sufrimiento humano para construir un derecho prudente y no indolente. Véase Walter Mignolo, “Splendors and Miseries of Science: Coloniality, Geopolitics of Knowledge, and Epistemic Pluriversality”, en Boaventura Santos (ed.), *Cognitive Justice in a Global World*, Londres: Lexiton Books, 2007; Gustavo Rojas, “Comentario. Raíces latinas: El imperialismo y la formación del derecho moderno”, en Peter Fitzpatrick, *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2010, p. 157.

¹⁴¹ Véase Peter Fitzpatrick, “La infamia del derecho” (trad. Rojas Páez), en Peter Fitzpatrick, o. cit. (nota 140), pp. 177 s.; Bartolomé De las Casas, *De Regia Potestate* (edición al cuidado de Giuseppe Tosi), Bari: Laterza, 2007; Danilo Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma: Carocci, 2001, pp. 53 ss., 59.

¹⁴² Van Zyl nos recuerda que las políticas relacionadas con la justicia de transición pudieron ser llevadas a la práctica gracias al soporte monetario brindado por instituciones supranacionales como inversiones utilizadas por los *peace-building* en situaciones posconflicto. Paul Van Zyl, “Promoting transitional justice in post-conflict societies”, en Félix Reátegui (ed.), *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, Brasilia y Nueva York: Brazilian Amnesty Commission, Ministry of Justice, e Internacional Center for Transitional Justice (ICTJ), 2011, pp. 45 s.

¹⁴³ Véase Alejandro Pastori Fillol, o. cit. (nota 54), p. 184.

imperativa de *ius cogens*. En la sentencia *Gelman* la Corte IDH reiteró el criterio formulado en *Barrios Altos* para las amnistías,¹⁴⁴ en cuanto que la Ley de Caducidad no solo carece de efectos jurídicos sino que tiene que ser removida del orden jurídico nacional, porque no supera el control de convencionalidad y su no remoción supone para el Uruguay responsabilidad internacional (hasta tanto sea removida). La Corte IDH rechaza luego cualquier justificación basada en criterios de democracia que no legitiman los obstáculos a la persecución penal de determinados crímenes. De este modo, una ley de amnistía¹⁴⁵ o un mecanismo de justicia de transición (que es en esencia la Ley de Caducidad) aprobado por un parlamento democrático y una ratificación (mejor dicho, dos ratificaciones) popular en ejercicio de democracia directa no tienen ningún valor jurídico y generan responsabilidad internacional del Estado cuando se oponen a la política criminal de lucha contra la impunidad.¹⁴⁶ Esta lucha de política (criminal), según la Corte IDH, es necesaria para la defensa de los derechos humanos (norma de *ius cogens*) y para la reparación de las víctimas.¹⁴⁷ Con buen criterio la Corte IDH extiende el control de convencionalidad al ejercicio de la democracia directa, en tanto no se puede decidir con principios de democracia ni razones de mayoría cuestiones atinentes a los derechos humanos.¹⁴⁸ De esta forma, no hay lugar a duda de que los derechos de cualquier minoría estarán protegidos y contenidos dentro del concepto de derechos humanos, y frente

¹⁴⁴ Cf. Corte IDH, caso *Gelman contra Uruguay*, cit. (nota 13), § 232; caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) contra Perú* (fondo), sentencia de la Corte IDH de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 44; caso *La Cantuta contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 175, y caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, n.º 219, § 11, 174.

¹⁴⁵ "Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana". Corte IDH, caso *Gelman contra Uruguay*, cit. (nota 14), § 240.

¹⁴⁶ Está fuera de discusión que, como sostiene la Corte IDH en el caso *Gelman*, las mayorías deben asegurar a las minorías el respeto de sus derechos, y en ese sentido, debería quedar claro que esta tarea no puede estar sujeta a los acontecimientos políticos (llámese *justicia de los vencedores*, o depender de una política de gobierno determinada). Por el contrario, estos derechos tienen que estar protegidos de un modo permanente y objetivo en todo tiempo y en todo lugar. En sentido similar Ronald Dworkin, o. cit. (nota 117), p. 205; también Tatiana Rincón, "Democracia y derechos humanos: la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Gelman contra Uruguay*", en Pablo Galain Palermo (ed.), *Justicia de transición*, en vías de publicación.

¹⁴⁷ Caso *Gelman*, § 238.

¹⁴⁸ Caso *Gelman*, § 239. Argumentos que ya habían sido utilizados en el orden interno por la SCJ en el caso *Sabalsagay* (sentencia 365, de 2009).

a cualquier violación de estos el Estado está obligado a investigar y, en su caso, sancionar a los responsables.¹⁴⁹

La Corte IDH, entonces, exige el respeto de todas las garantías de seguridad para las víctimas, los testigos y los operadores de la justicia, pero omite referirse a las garantías materiales y formales de los presuntos autores.¹⁵⁰ Entre las garantías exigidas, la Corte IDH omite mencionar aquellas que protegen al indagado en su devenir procesal como imputado y condenado,¹⁵¹ omisión que parece haber sido consciente en tanto la Corte IDH luego exige la remoción expresa de aquellas garantías básicas de todo justiciable:

En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como *prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad*, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.¹⁵²

Esta disminución de garantías en relación con los justiciables para favorecer o facilitar el poder punitivo estatal implica desconocer las bases liberales sobre las que se construyó el sistema penal moderno a partir de la obra de Beccaría. Esta política solo puede ser vista de manera crítica, y tiene que ser limitada al momento de la aplicación de la justicia en una *sociedad justa (gerechte Gesellschaft)*, en la que rige el concepto de dignidad humana.¹⁵³ En este lugar no puedo ahondar más sobre este aspecto; solo me resta decir que el cumplimiento de esta obligación de punir disminuyendo las garantías del debido proceso puede significar que Uruguay no solo viole la Constitución sino también la CADH.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Caso *Gelman*, § 252.

¹⁵⁰ Caso *Gelman*, § 255.

¹⁵¹ Sin embargo, la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de 25.6.1993, sostuvo: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso".

¹⁵² Caso *Gelman*, § 254. Cursivas añadidas.

¹⁵³ Véase Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Fráncfort: Suhrkamp, 1992, p. 504.

¹⁵⁴ Véase Ronald Dworkin, o. cit. (nota 117), p. 184. La Corte IDH no es una última instancia con relación al sistema judicial uruguayo cuyo lugar es ocupado por la SCJ. Véase Héctor Gros Espiel, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos humanos*, Lima: Cultural Cuzco, 1991, cap. XXI, pp. 431 ss. Según Risso: "El juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá: a) por un lado, que debe cumplir la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad, y b) por otra parte, normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal [...] el juez deberá cumplir con la sentencia,

6. El problema central es determinar si la Corte IDH puede interpretar la CADH con desconocimiento de la doctrina del estándar máximo de protección¹⁵⁵ o, incluso, en perjuicio de los derechos allí contenidos, y exigir la restricción de las garantías procesales del justiciable para cumplir con una política de lucha contra la impunidad¹⁵⁶ o un derecho de satisfacción de la víctima por medio del castigo penal.¹⁵⁷ Según la lógica que ha seguido este trabajo, hay que responder que la SCJ debe ejecutar la sentencia de la Corte IDH aplicando un criterio de razonabilidad que, por un lado, se oponga a cualquier interpretación arbitraria o analógica del texto de la CADH¹⁵⁸ y, por otro, permita la reparación de las víctimas sin merma de la protección de los derechos humanos contenidos en la CADH.¹⁵⁹

pero tendrá también sobre la mesa los derechos humanos de los presuntos violadores de derechos humanos y todo lo que surja del caso particular. Y es sobre estos parámetros que en cada caso se deberá buscar la mejor solución y la que resulte conforme a derecho". Véase Martín Risso, "Cumplimiento de las sentencias...", o. cit. (nota 11), p. 94.

155 Sentencia del caso *Hauer* (*Liselotte Hauer contra Land RheinlandPfalz*), Tribunal Europeo de Justicia, 13.12.1979, C-44/79. Carlos Ruiz Miguel, "El largo y tortuoso camino...", o. cit. (nota 76), p. 33. Véase Arthur Kaufmann, "Demokratie - Rechtsstaat - Menschewürde: Zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs", en Arthur Kaufmann, *Über Gerechtigkeit*, Colonia (Alemania): Carl Heymanns, 1993, p. 475. En la doctrina uruguaya, por todos, Martín Risso, *Algunas garantías...*, o. cit. (nota 16), p. 138.

156 Crítico, Jesús Silva Sánchez, "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), Costa Rica, n.º 1, julio 2011, p. 52. Como dice Silva: "En efecto, la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones y justificada por necesidades de la víctima no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad". Ibídem, p. 53.

157 Véase José Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 4.ª ed., 2004, p. 469.

158 Como la propia Corte IDH ha sostenido en la opinión consultiva OC-14/94, de 16.12.1994, "si el Estado ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas, con mayor razón está obligado a no adoptar aquellas que contradigan el objeto y el fin del tratado (en el caso, la Convención Americana)". Véase Rolando Gialdino, "Judicialidad de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales", en *Derechos humanos en situaciones de crisis en Uruguay*, o. cit. (nota 83), p. 140. Hay quien sostiene que Uruguay no puede actuar contra el texto de la Constitución y de la propia CADH desconociendo garantías básicas de los justiciables. Véase Alejandro Pastorí Fillol, o. cit. (nota 55), p. 190. Según este autor no se trata de desconocer la jurisdicción de la Corte IDH sino ese fallo en particular. De similar opinión Daniel Ochs, "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Gelman contra Uruguay*", o. cit. (nota 39), pp. 101 ss.

159 Véase también Martín Risso, *Algunas garantías...*, o. cit. (nota 16), pp. 134 ss. El principio de "prohibición de retroceso social" o el de "prohibición de evolución reaccionaria" pueden oponerse por parte del Estado cuando la Corte IDH lo obliga a desconocer las garantías en el proceso penal para permitir la investigación y condena de los autores de crímenes internacionales y/o graves violaciones de los derechos humanos.

7. A modo de conclusión

1. Uruguay está obligado a cumplir con los dictámenes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y a proteger los derechos humanos según el estándar máximo de protección. Además, está obligado a realizar controles de convencionalidad y de constitucionalidad relacionados con el texto de la CADH.

2. Las sentencias de la Corte IDH han influido, principalmente, en la jurisprudencia penal uruguaya de primera instancia, pero no han encontrado eco en las instancias judiciales superiores. Hasta el momento de escribir este informe, ellas no han tenido influencia en la normativa jurídico-penal o constitucional; especialmente, se mantiene el incumplimiento del Estado uruguayo en cuanto a la reforma del proceso penal.¹⁶⁰

3. Según la Com IDH el Uruguay tiene un proceso penal contrario al espíritu de la CADH, de modo que su utilización debería ser respaldada solo en aquellos casos en que deviene estrictamente necesario y en aplicación de todas las garantías procesales posibles.¹⁶¹ Sobre esta base, el recurso al derecho penal en Uruguay debe quedar circunscrito a los casos estrictamente necesarios, y cuando ello acontece se deben respetar todas las garantías y principios básicos del Estado de derecho, como el debido proceso, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la dignidad humana.

4. El Estado uruguayo está obligado por la CADH a reparar a las víctimas por cualquier mecanismo que no signifique una lesión contra los derechos humanos de los autores. Los autores de los crímenes internacionales y de las más graves violaciones de los derechos humanos que se valieron de las estructuras del Estado para cometerlos e inmunizarse de todo castigo, como sucedió con Raskolnikow de Dostoievski,¹⁶² tienen su destino moralmente atado a la culpa por el crimen cometido; pero un Estado de derecho, por el contrario, tiene su destino ligado a la protección absoluta de los derechos humanos, a los que tiene que proteger incluso de las interpretaciones del derecho.¹⁶³ Los

¹⁶⁰ Véase Com IDH, informe 86/09, caso 12553 (fondo), *Jorge, José y Dante Peirano Basso contra República Oriental del Uruguay*, 6.8.2009. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>.

¹⁶¹ De la misma opinión, exigiendo un ligamen entre derecho penal como *ultima ratio*, finalidad de la pena y dignidad humana, Brigitte Kelker, o. cit. (nota 82), p. 1690.

¹⁶² Sobre el tema, Horst-Jürgen Gerigk, "Verbrechen und Strafe-Eine Einführung in Dostojewskis ersten großen Roman", M. Oehmichen y D. von Engelhardt (eds.), *Schuld und Sühne, Verbrechen und Strafe*, Lübeck: Schmidt-Römhild, 2005, pp. 42 ss.

¹⁶³ A diferencia de Raskolnikow, los extormentistas de Estado no han acudido voluntariamente al sistema penal para "expiar su culpa", sino que se han protegido con el silencio o la mentira del reproche y de la pena. En un siste-

responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos tienen que ser sometidos a la justicia penal del Estado de derecho (basada en el *rule of law*), no a una justicia penal de vencedores que responda a la interrelación de fuerzas políticas.

5. Este trabajo aboga por una interpretación y un ejercicio prudente del derecho. Si consideramos que los estándares utilizados para interpretar y ejecutar la ley provienen de la voluntad de quien ejerce el poder, el gran tema es cómo limitamos el ejercicio del poder y la instrumentalización del derecho. Frente a cuestiones de tanto valor y trascendencia social como son las sentencias de la Corte IDH, especialmente cuando deciden sobre temas relacionados con la justicia de transición, hay que exigir a los jueces una actuación sumamente cautelosa. Los exabruptos y arbitrariedades relacionados con la aplicación del derecho y el activismo político solo pueden ser controlados por una jurisprudencia que epistemológicamente se funde en la prudencia (*iurisprudentia*) al interpretar y ejecutar los textos legales. Esto no significa negar la potestad integradora que tiene el juez, sino sujetarla a estándares de prudencia que no renuncien a la justicia como el espíritu de la ley.¹⁶⁴ En realidad se trata de que la interpretación judicial no reproduzca sino contenga la espiral de violencia inmanente al ejercicio del poder.

ma de derecho la lucha contra la impunidad no puede obligarlos a colaborar con la verdad procesal ni los puede despojar de otras garantías fundamentales; ellos no pueden ser obligados a ofrecernos la prueba de la condena, pero sí pueden contarnos su versión de los hechos y colaborar con el conocimiento de la verdad histórica o fáctica. También pueden pedir perdón a las víctimas y colaborar con la elaboración del pasado y la reconciliación de la sociedad todavía enfrentada. La reparación de las víctimas legitimada por el descubrimiento de la verdad difícilmente se puede lograr por medio del derecho penal. Otros mecanismos deberían ser exigidos por la propia Corte IDH para reparar a las víctimas y permitir el conocimiento de la verdad. Véase sobre estos aspectos, Hans Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?* Tübinga: Mohr Siebeck, 2006, pp. 28 ss.; A. Eser, J. Arnold y H. Kreicker (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemmorde. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Friburgo: Iuscrim, 2001; Gerhard Werle, "Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?", en F- Muñoz Conde y T. Vormbaum (eds.), *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Humboldt-Kolleg an der Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 7-9. Februar 2008, Berlín: De Gruyter, 2010, pp. 16 ss.

¹⁶⁴ Y ello no significa adoptar una posición iusnaturalista ni una negación de la justicia restaurativa o de que la justicia se mida según el daño causado a la víctima, pues se puede adoptar esta concepción filosófica de lo justo (basada en la proporcionalidad entre la injusticia sufrida por la víctima y su reparación) y exigir prudencia al momento de ejercer la reacción estatal contra el autor. Con una perspectiva filosófica, Manuel Reyes Mate, o. cit. (nota 128); desde un punto de vista penal, Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VALOR DE LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITOS POR VENEZUELA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Juan Luis Modolell González

RESUMEN. De las normas constitucionales venezolanas se desprende la total apertura a la normativa internacional sobre derechos humanos. El artículo 23 afirma que esas normas internacionales prevalecen sobre la Constitución cuando establecen un goce más favorable para el ciudadano. Igualmente, los órganos nacionales deberán adoptar las medidas necesarias, en el marco del propio ordenamiento jurídico interno, para cumplir las decisiones de los entes internacionales de protección de derechos humanos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente la emanada de la Sala Constitucional, a través de una sesgada y errónea interpretación de la Constitución, ha tenido un claro propósito de desconocer las decisiones y recomendaciones de los organismos regionales de protección, creados mediante tratados internacionales suscritos por Venezuela.

Palabras clave: tratado, constitución, supraconstitucionalidad, subordinación, denuncia.

ABSTRACT. The study of Venezuela's constitutional rules shows that the country is completely open to international human rights law. Article 23 states that these international rules have supremacy over the Constitution when they provide for a greater enjoyment of rights by citizens. Likewise, national bodies must adopt the necessary measures, in the framework of their own legal system, to comply with the decisions of the international human rights protection system. The case law of the Supreme Tribunal of Justice, particularly that of its Constitutional Chamber, through a biased and mistaken interpretation of the Constitution, has shown the clear purpose of ignoring the decisions and recommendations of the regional human rights bodies, despite the fact that they were created by international treaties signed by Venezuela.

Keywords: treaty, constitution, supremacy over the constitution, subordination, denunciation of Convention.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Bestimmungen der venezolanischen Verfassung enthalten eine uneingeschränkte Öffnung gegenüber völkerrechtlichen Bestimmungen über Menschenrechte. Gemäss Artikel 23 hat Völkerrecht Vorrang gegenüber der Verfassung, wenn seine Bestimmungen für den Bürger vorteilhafter sind. Ferner sind die Staatsorgane verpflichtet, im Rahmen der innerstaatlichen Rechtsordnung alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Entscheidungen der internationalen Behörden zum Schutz der Menschenrechte umzusetzen. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und vor allem seines Verfassungssenats zielt allerdings eindeutig darauf, mit Hilfe einer einseitigen und fehlerhaften Verfassungsauslegung die Entscheidungen und Empfehlungen der regionalen Organe zum Schutz der Menschenrechte wirkungslos zu machen. Dabei sind diese Organe auf der Grundlage internationaler Verträge eingerichtet worden, denen auch Venezuela zugestimmt hat.

Schlagwörter: Vertrag, Verfassung, Suprakonstitutionalität, Nachordnung, Anzeige.

1. Regulación normativa constitucional

Establece el artículo 19 de la Constitución venezolana:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, *con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollean.*¹

Por su parte, el artículo 23 de la Constitución contiene la disposición que regula la relación del texto constitucional en materia de derechos humanos con las normas internacionales respectivas. Así, dispone ese artículo:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen *jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en la leyes de la República*, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.²

¹ Cursivas añadidas.

² Cursivas añadidas. Afirma Jesús Casal que este artículo 23 atribuye rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos ratificados por Venezuela (Jesús María Casal, *Los derechos humanos y su protección*, Caracas:

Esta norma se complementa con el artículo 31 constitucional, el cual, desde mi punto de vista, regula las relaciones de los tribunales nacionales con los organismos supranacionales de protección de los derechos humanos. Así, según ese artículo:

Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos en los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo de sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

De igual manera, el artículo 22 afirma:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los *instrumentos internacionales sobre derechos humanos* no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.³

De las disposiciones trascritas se desprende la total apertura del ordenamiento jurídico venezolano a la normativa internacional sobre derechos humanos. En tal sentido, la propia exposición de motivos de la Constitución establece que se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos, además de la Constitución, los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia y las leyes que los desarrollen. Igualmente, la referida exposición de motivos establece:

En el caso de que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado de forma preferente, directa e inmediatamente por los tribunales y demás órganos del Estado.

Ahora bien, ¿se deduce de estas normas que el ordenamiento jurídico interno, concretamente el ordenamiento constitucional, *está subordinado* a las disposiciones

UCAB, 2006, p. 46; en igual sentido, Carlos Ayala, *La jerarquía constitucional de los tratados*, Querétaro: Fundap, 2003, pp. 67 ss.).

³ Cursivas añadidas.

internacionales en materia de derechos humanos? Al respecto, el artículo 23 afirma que las normas internacionales sobre derechos humanos prevalecen sobre la Constitución cuando establecen un goce más favorable que lo establecido por esta. Es decir, esas normas internacionales sobre derechos humanos tendrán rango constitucional solo cuando sean más protectoras del ciudadano que las normas constitucionales.

Surge la pregunta: ¿cuándo una norma internacional de este tipo será más favorable al ciudadano? Considero que la afirmación de que una norma sobre un derecho humano es más favorable al ciudadano no se puede realizar en general. Así, en caso de conflicto el juez debe resolver, hipotéticamente, aplicando cada norma en conflicto. Primero aplicará la norma constitucional al caso concreto analizado y luego deberá ensayar su solución aplicando la norma internacional. Una vez conocidas las posibles soluciones, el juez aplicará la norma *pro homine*, es decir, aquella que garantice una protección más amplia y favorable al ciudadano.⁴ Ello se complementa con la disposición del artículo 19 de la Constitución, que alude al principio de progresividad en materia de derechos humanos.

La otra pregunta que surge de las disposiciones anteriores es si los órganos del poder público nacional están subordinados a los órganos supranacionales protectores de derechos humanos. Desde mi punto de vista, según el citado artículo 31 constitucional, los órganos nacionales deberán adoptar las medidas necesarias, en el marco del propio ordenamiento jurídico interno, para cumplir las decisiones de los organismos internacionales. Es decir, la voluntad de la norma constitucional es clara en el sentido de que el Estado venezolano debe garantizar que las decisiones a favor de sus ciudadanos dictadas por organismos internacionales puedan ser ejecutadas internamente.

Esto último implica igualmente que el Estado venezolano debe adoptar las medidas necesarias para que las recomendaciones de los organismos internacionales de protección de derechos humanos se materialicen en Venezuela,⁵ sin menoscabo de que las propias instituciones venezolanas puedan analizar autónomamente el alcance de dichas recomendaciones. Ello no debe interpretarse como una forma de obstaculizar las medidas y recomendaciones emitidas por organismos internacionales de derechos humanos,

⁴ Sobre la prevalencia de la norma *pro homine* o *pro libertate*, véase Casal, o. cit., p. 47.

⁵ “Adicionalmente, la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos se extiende a las normas de estos instrumentos que establecen obligaciones de los Estados en la materia, principios de interpretación de sus disposiciones o instancias de protección de los derechos consagrados [...] con lo cual se adoptan tales obligaciones o principios, y se reafirma la vinculación del Estado a los pronunciamientos emitidos por los organismos internacionales correspondientes dentro del ámbito de sus competencias” (ibidem, pp. 46 ss).

sino como una forma de garantizar una mejor protección del ciudadano en materia de derechos humanos.⁶

Así, por ejemplo, la jurisprudencia reiterada de la Corte IDH después de la entrada en vigencia de la Convención regional sobre Desaparición Forzada ha sostenido la necesidad de que dicho crimen se tipifique como delito autónomo.⁷ Expresa la Corte que no basta recurrir para el castigo de esta conducta a delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio, ya que la desaparición forzada de personas constituye “un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos”.⁸ Este mandato de criminalización se concreta en la elaboración de unos estándares mínimos que deben ser cumplidos por el Estado parte al tipificar el referido delito de desaparición forzada de personas.⁹

Lo anterior lleva a considerar si la Corte IDH está facultada para imponerles a los Estados la obligación de tipificar el referido delito. El artículo XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas faculta a la Corte IDH a conocer de casos de desaparición forzada y, por lo tanto, a aplicar la referida Convención.¹⁰ Igualmente, la Corte puede entrar a conocer si el déficit de punibilidad de la práctica de desaparición forzada de personas que exista en un país constituye una violación de derechos consagrados en el Pacto de San José o una infracción a la propia Convención especial.

⁶ Para Casal, la interpretación en esta materia realizada por el Poder Judicial “[...] debe estar en consonancia con la que hayan sentado los organismos internacionales encargados de velar por los derechos humanos. El sentido que se atribuya a los derechos constitucionales puede ser más favorable al reconocido por esos organismos en el ámbito que les es propio, en razón del principio *pro libertate*, pero los tribunales nacionales no pueden ofrecer a los derechos humanos una protección inferior a la garantizada por las instancias internacionales” (*ibidem*, p. 47).

⁷ A continuación trascrivo literalmente los argumentos que expuse sobre la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, según los criterios de la Corte IDH, en “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 196 ss.

⁸ Caso *Gómez Palomino contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 22 de noviembre de 2005, § 92.

⁹ Véase, por todos, caso *Goiburú y otros contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 22 de septiembre de 2006, § 92.

¹⁰ Véase al respecto Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago: Universidad de Chile, 2003, p. 127.

Ahora bien, la Corte IDH ha hecho mucho más que eso, hasta el punto de exigir una forma de tipificación concreta. Si bien un órgano supranacional, especialmente si tiene como función la protección de los derechos humanos, puede realizar mandatos de incriminación a los Estados partes de una Convención o, en nuestro caso, del sistema interamericano de derechos humanos, considero que la forma de tipificación no debe ser obligatoria. Incluso, estrictamente hablando, es muy discutible que un Estado parte deba tener un delito denominado *desaparición forzada personas* para el castigo de esta práctica, sin que pueda recurrir al concurso real de delitos (verbigracia: homicidio y privación ilegítima de libertad) para sancionar esos casos. La falta de punibilidad debería determinarse más por la ausencia de voluntad política en la persecución de dicho crimen que por la ausencia de la tipificación misma.¹¹

En este caso la jurisprudencia de la Corte IDH evidencia un afán de controlar, hasta el último detalle, la forma de tipificación del delito de desaparición forzada de personas por el Estado parte. La Corte debería limitarse a establecer unos criterios generales que eviten la impunidad, sin dictar lineamientos concretos en cuanto a los requisitos típicos del delito. Por ejemplo, indicarles a los Estados partes cómo debe entenderse el carácter ilegal de la detención parece una exageración, además porque la Corte IDH lo hace de forma errada, complicando la interpretación del tipo. Igualmente, la laxitud con que la Corte parece entender este delito puede resultar muy perjudicial para el principio de legalidad de los delitos y de las penas, en su aspecto de *lex stricta*, principio fundamental en el Estado de derecho.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte IDH ha calificado la desaparición forzada de personas como *delito de lesa humanidad*, para lo cual cita incluso al Estatuto

¹¹ Así, en otra sentencia expresa la Corte IDH lo siguiente: "En el presente caso, si bien no existía un tipo penal de desaparición forzada de personas en el derecho boliviano al momento en que inició el procedimiento penal en el año 1983, la Corte observa que no existía para esa fecha una obligación particular de tipificar el delito de desaparición forzada, de conformidad con las obligaciones estatales asumidas en razón de haber ratificado la Convención Americana. A la luz del artículo 2 de la Convención, este Tribunal considera que desde el momento en que se inició el proceso, la legislación boliviana contemplaba normas penales conducentes a la efectiva observancia de las garantías previstas en la Convención respecto de los derechos individuales a la vida, integridad personal y libertad personal, según lo establecía el Código Penal vigente en el año 1983. De esta forma, la Corte considera que, en el caso *sub judice* no se ha demostrado que la falta de tipificación del delito autónomo de desaparición forzada de personas ha obstaculizado el desarrollo efectivo del presente proceso penal" (caso *Ticona Estrada y otros contra Bolivia* [fondo, reparaciones y costas], sentencia de 27 de noviembre de 2008, § 104). Como puede apreciarse, en esta decisión a la Corte sí le interesa más el efecto de la falta de tipificación de la desaparición forzada de personas que la existencia de la propia tipificación.

de Roma.¹² En relación con ello cabe preguntarse si esa calificación de delito de lesa humanidad dada por la Corte tiene como fin que cada Estado parte, al tipificar la desaparición forzada de personas, le otorgue la misma naturaleza, lo cual podría tener relevancia a los fines de la imprescriptibilidad, prohibición de indultos y amnistías, etcétera. Igualmente, pudiera pensarse que el carácter de lesa humanidad atribuido por la Corte IDH implica que el referido delito deba ser cometido en el contexto de un ataque “generalizado o sistemático” contra la población, elemento característico de los delitos de lesa humanidad establecidos en el Estatuto de Roma.¹³ Sin embargo, dado que el objetivo de la orden de tipificación que hace la Corte IDH a los Estados es evitar la práctica de la desaparición sancionando cualquier acto al respecto, es lógico suponer que no se restrinja la desaparición forzada a los casos cometidos de forma general y sistemática.

Nótese entonces cómo se puede realizar una interpretación crítica de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero no para desacatar o ignorar sus recomendaciones, sino, por el contrario, para garantizar una mejor y efectiva protección de los derechos humanos.

2. Interpretación de las normas constitucionales por el Tribunal Supremo venezolano

El Tribunal Supremo de Justicia, desde la aprobación de la Constitución de 1999, ha desarrollado una línea jurisprudencial que pone en cuestión la propia regulación constitucional acerca de la adopción de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno. Incluso, esta tendencia contradice la apertura de la juris-

¹² Caso *Goiburú*, cit., § 82.

¹³ Al respecto véase Comisión Interamericana de Derecho Humanos: *Demanda en los casos de Goiburú y otros contra la República de Paraguay* (8 de junio de 2005, § 113). En este párrafo la Comisión se remite al preámbulo de la Convención regional sobre desaparición para sostener el carácter de delito de lesa humanidad de la desaparición forzada cuando constituye una práctica sistemática (también, entre otras demandas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Demanda en el caso de Ticona Estrada y otros contra la República de Bolivia* (8 de agosto de 2007, § 102). Igualmente, expresa la Corte: “[...] conforme al preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad y, como tal, entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable” (caso *Tiu Tojín contra Guatemala* [fondo, reparaciones y costas], sentencia de 26 de noviembre de 2008, § 91).

prudencia a dichos tratados por la antigua Corte Suprema de Justicia, bajo la vigencia de la Constitución de 1961.¹⁴

Dentro de la actual línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se pueden distinguir dos grandes aspectos: uno de fondo vinculado al baremo para decidir la posible contradicción entre el texto constitucional y la norma de un tratado internacional sobre derechos humanos suscrito por Venezuela. El otro aspecto de carácter formal, pero no por ello menos importante, tiene que ver con el papel de los órganos del poder público venezolano, y concretamente del Tribunal Supremo, ante los organismos internacionales de protección de derechos humanos. Comenzaré con la descripción de esta última característica de la jurisprudencia del máximo tribunal venezolano.

2.1. Autonomía y exclusividad del Tribunal Supremo de Justicia

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha dejado claro que es el máximo intérprete de los convenios internacionales sobre derechos humanos, y que además por razones de soberanía no se puede admitir la injerencia de un órgano supranacional. Así, la sentencia 386, del 17 de mayo 2000 (ponencia de José Delgado Ocando), sostuvo lo siguiente:

[...] no puede esta Sala ignorar en esta oportunidad la comunicación remitida al Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, relacionada directamente con este caso, suscrita por el ciudadano Raúl Arrieta Cuevas, Agente del Estado de la República Bolivariana de Venezuela ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la cual manifiesta la conveniencia de “*realizar una reunión de los Magistrados a los fines de fijar criterios y asumir posiciones comunes respecto al sentido y alcance de la aplicación inmediata y directa de los Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos*”, la cual rechaza por ser tal sugerencia una inaceptable injerencia de dicho agente en las funciones jurisdiccionales de este Alto Tribunal, que de acuerdo con el artículo 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es independiente y le está atribuido el ejercicio exclusivo de la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII *eiusdem*. Igualmente considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo disponen la Carta

¹⁴ Al respecto, véase Carlos Ayala, o. cit., pp. 70 ss.

Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José [...].

En la anterior sentencia, la Sala rechaza especialmente la injerencia de los organismos internacionales, sin entrar a analizar si ciertamente los órganos del poder público venezolano han infringido la Convención Americana.

También la Sala Constitucional, en la sentencia 1077, del 22 de septiembre de 2000 (ponencia de Jesús Cabrera Romero), sostuvo que corresponde a ella resolver, con carácter vinculante, la posible contradicción entre una norma internacional sobre derechos humanos y una disposición constitucional, por tener aquella rango constitucional. Además, según la referida sentencia, también corresponde a esa Sala determinar la vigencia en el orden jurídico interno de las normas emanadas de organismos “multiestatales” que pudieran aplicarse en Venezuela. Igualmente, dice la sentencia, la Sala Constitucional es la competente “para establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos”. Se erigió así la Sala como único ente capaz de interpretar y determinar el alcance de las referidas normas internacionales sobre derechos humanos.

La misma Sala en otra sentencia (1013, del 12 de junio de 2001, ponencia de Jesús Cabrera Romero) reconoce que las convenciones internacionales que sean leyes venezolanas tienen jerarquía constitucional, como dispone el artículo 23, cuestión que resalta la sentencia como apoyo de su conclusión relativa a que el ejercicio de la libertad de expresión podría acarrear responsabilidad personal de quien la ejerce, responsabilidad que la ley debe garantizar. No obstante, considera la doctrina venezolana que dicha sentencia, “en lugar de recepcionar y acoger los parámetros interpretativos desarrollados por la Corte IDH en estas materias (*scil. la libertad de expresión*) [...] adoptó unos criterios en contrario”.¹⁵ Esta sentencia fue objeto de diversas críticas que obligaron a la Sala Plena del Tribunal Supremo a condenarlas mediante un acuerdo (del 25 de julio de 2001) suscrito por todos los magistrados.

Resaltan en ese acuerdo de la Sala Plena dos de sus considerandos. El primero afirma que las decisiones de ese Tribunal “no están sometidas a ninguna revisión por

¹⁵ Carlos Ayala: “La ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2009, p. 23.

parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre". Otro establece:

Los tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen jerarquía constitucional y por tanto su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal.

Al respecto, el artículo 23 constitucional establece que los convenios internacionales en materia de derechos humanos son de aplicación inmediata y directa por los órganos del poder público; por lo tanto, esos entes tienen una potestad de interpretación atribuida por la propia Constitución, independientemente de que el Tribunal Supremo también pueda interpretarlos.¹⁶ Por otra parte, el artículo 31 de la Constitución establece que toda persona, de conformidad con dichos pactos internacionales, puede dirigir peticiones ante los organismos internacionales con el objeto de solicitar amparo a sus derechos humanos. En tal sentido, agrega el propio artículo que el Estado adoptará las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los organismos internacionales. En consecuencia, una persona podría recurrir ante los organismos internacionales un acto que menoscabe sus derechos humanos emanado de cualquier órgano del poder público venezolano, incluso del propio Tribunal Supremo, y en tal caso el Estado venezolano deberá acatar dicha decisión.

En la sentencia 1942 de la Sala Constitucional, del 15 de julio de 2003 (ponencia de Jesús Cabrera Romero), se afirmó que sólo ella "determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela". Resalta nuevamente la Sala su potestad exclusiva para establecer el orden de prevalencia de las normas, lo cual implica que un tribunal de instancia no podría realizar la aplicación de dichas normas internacionales a un caso concreto: el tribunal de inferior jerarquía no tendría competencia para decidir que una norma internacional tiene preponderancia sobre una norma constitucional, contradiciendo el citado artículo 23 de la Constitución.

¹⁶ Los tribunales venezolanos y demás órganos del poder público están obligados a aplicar directamente los convenios internacionales (Casal, o. cit., p. 48).

La Sala Constitucional, sin embargo, no limita su actividad a erigirse como el máximo y único intérprete de la jerarquía de las normas sobre derechos humanos aplicables, sino que también se refiere, en la sentencia comentada, a su supremacía sobre los organismos internacionales:

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional [...] Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir [...] Áreas diversas a la de los Derechos Humanos per se, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros [...], fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible...Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Según el texto trascrito, únicamente se podrán transferir competencias a organismos supranacionales cuando así lo establezca expresamente la Constitución, lo cual, por cierto, no alude a organismos supranacionales protectores de derechos humanos (la sentencia se refiere a los órganos supraestatales de integración latinoamericana y caribeña, como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). Esta conclusión la fundamenta la sentencia citada en lo que califica de “derechos irrenunciables de la Nación” o, más grave y sorprendente aún, “derechos fundamentales de la República”, como son “la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional”. Esta curiosa sentencia muestra un innegable carácter autoritario al impedir, de cierta manera, que organismos supranacionales protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos venezolanos. La protección de los derechos humanos en Venezuela queda supeditada a principios totalmente vagos que operan a favor del Estado, como “la soberanía”, “la autodeterminación nacional” o “la integridad territorial”.¹⁷

¹⁷ Como dice Carlos Ayala, con relación a otra sentencia de la Sala Constitucional, “[...] los tratados de derechos humanos —como muchos otros tratados multilaterales y bilaterales— representan una cesión de soberanía nacio-

Igualmente, la sentencia 1939 de la Sala Constitucional, del 18 de diciembre de 2008 (ponencia de Arcadio Delgado Rosales), expresó sobre una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordenaba al Estado venezolano restituir en sus cargos a tres jueces ilegalmente destituidos:

[...] al margen de la eventual antinomia entre normas protectoras de derechos individuales y las relativas al bien común, es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999.

La sentencia comentada se ampara, para desacatar la decisión citada de la Corte IDH, en la aplicación de un estándar mínimo “de adecuación del fallo al orden constitucional interno”, lo cual, dice la Sala, “ha sucedido en otros casos” en Latinoamérica. Como apoyo cita la declaración de inejecutabilidad del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de mayo de 1999, en el caso *Castillo Petruzzi*, inejecutabilidad acordada por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú. Así, la sentencia de la Sala Constitucional venezolana expresa que el ente peruano consideró:

[...] que el poder judicial “es autónomo y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, lo que demuestra un clamoroso desconocimiento de la Legislación Peruana en la materia”; que “pretenden desconocer la Constitución Política del Perú y sujetarla a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación que los jueces de dicha Corte efectúan ad-libitum en esa sentencia”; que el fallo cuestionado, dictado por el Tribunal Supremo Militar Especial, adquirió la fuerza de la cosa juzgada, “no pudiendo por lo tanto ser materia de un nuevo juzgamiento por constituir una infracción al precepto constitucional”; que “en el hipotético caso que la sentencia dictada por la Corte Interamericana fuera ejecutada en los términos y condiciones que contiene, existiría un imposible jurídico para darle cumplimiento bajo las exigencias impuestas por dicha jurisdicción supranacional”, pues “sería requisito ineludible que previamente fuera modificada la Constitución” y que “la aceptación y ejecución de la sentencia de la Corte en este tema, pondría en grave riesgo la seguridad interna de la República”.

nal. La soberanía significa respetar los derechos humanos o someterse a las consecuencias legales internacionales” (Carlos Ayala, “Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (n.º 1939) de fecha 18-12-08”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, Universidad de Talca, 2009, p. 394).

Llama poderosamente la atención que para justificar la inejecución de la sentencia de la Corte Interamericana la Sala Constitucional cite como apoyo una decisión de un tribunal militar peruano dictada durante el régimen de Alberto Fujimori.¹⁸ Sobra comentar lo que el gobierno de Fujimori representó para la democracia y para el respeto de los derechos humanos en Latinoamérica.

En suma, la sentencia comentada de la Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte porque:

[...] afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente, así como también pretende la reincorporación de los hoy ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, cuando la misma ha actuado durante varios años en miles de casos, procurando la depuración del Poder Judicial en el marco de la actividad disciplinaria de los jueces.

No conforme con lo anterior, la Sala

[...] solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido Tratado.

2.2. Criterios del Tribunal Supremo para resolver la antinomia entre Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Venezuela

El Tribunal Supremo venezolano no se ha limitado a expresar su supremacía y autonomía ante los demás tribunales del país, y ante los organismos internacionales. También ha señalado cómo debe resolverse el posible conflicto entre la Constitución y las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por Venezuela.

¹⁸ Al respecto, ibídem, p. 394.

Así, la sentencia 1505, del 21 de noviembre de 2000, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (ponencia de Alejandro Angulo Fontiveros), siguiendo la línea jurisprudencial iniciada por la Sala Constitucional, dispuso:

[Los tratados internacionales suscritos por Venezuela] son aplicables en lo que a la substancialidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía. Tales Tratados, etc., forman parte del sistema constitucional venezolano por voluntad de la Constitución; *pero en caso de que haya una antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, privar la Constitución.*¹⁹

Nótese que el artículo 23 de la Constitución hace alusión a la aplicación preferente de disposiciones de convenios internacionales que favorezcan el goce y ejercicio de los derechos humanos, sin distinguir si se trata de una norma sustantiva o adjetiva. Basta que la norma internacional garantice una aplicación más favorable que la Constitución para que se aplique preferentemente. Incluso, al aludir el artículo 23 constitucional a las normas que favorezcan el *ejercicio* de los derechos humanos, es lógico suponer que se hace referencia especialmente a las normas de carácter procesal: estas tienen como fin garantizar su ejercicio. Para la sentencia, las normas procesales contenidas en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Venezuela no podrían prevalecer sobre la Constitución, cuestión importante ya que precisamente esos tratados contienen una gran cantidad de derechos de carácter “procesal o adjetivo” que quedarían desaplicados por suponer un virtual atentado contra la “soberanía”.

La sentencia 1309 de la Sala Constitucional, del 19 de julio de 2001, ponencia de José Delgado Ocando, se refirió expresamente a la relación entre las normas de derecho interno y las normas internacionales, aludiendo expresamente al citado artículo 23 constitucional. Señaló:

[...] los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma

¹⁹ Cursivas añadidas.

de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (Reine *Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [...].

Para dicha sentencia el proyecto político encarnado en la Constitución prevalece sobre cualquier norma internacional que lo contradiga, incluso en materia de derechos humanos. En la decisión es expreso el rechazo al derecho internacional de los derechos humanos al afirmar “que la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista”. Olvida la Sala Constitucional que la propia Constitución venezolana atribuye preponderancia a las referidas normas internacionales sobre derechos humanos cuando sean más favorables al ciudadano, no al “proyecto político constitucional” ni al texto constitucional mismo. Sin duda alguna, la Constitución en su artículo 23 privilegia el derecho humano individual. Pero incluso si se analizan detenidamente las afirmaciones citadas de la sentencia se llega a la conclusión de que el proyecto político subyacente, que la comentada decisión engloba en el término “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia”, estaría por encima del propio texto constitucional.

Tiempo después la Sala Constitucional nuevamente se refirió al tema de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Así, en la sentencia 1942, del 15 de julio de 2003 (ponencia de Jesús Cabrera Romero), afirmó:

[...] el artículo 19 constitucional garantiza a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo el respeto de ellos obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución de 1999, con los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por la República y las leyes venezolanas, *siempre que éstos [sic] cuerpos normativos no colidan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios Fundamentales de la Constitución [...]*.²⁰

²⁰ Cursivas añadidas.

La sentencia comentada da a entender que no puede existir norma alguna por encima de la Constitución ni siquiera en materia de derechos humanos, interpretación que evidentemente contradice la literalidad del artículo 23 constitucional.

La propia sentencia afirmó que a las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos “se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza:

La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. [...] Debidamente a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [...].

Y agrega la referida sentencia:

[...] que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país [...].²¹

La sentencia 1265 de la Sala Constitucional, del 5 de agosto de 2008 (ponencia de Arcadio Delgado Rosales), sostuvo que en caso de contradicción entre un tratado internacional y la Constitución venezolana, “la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución”. Para resolver dicha antinomia se pregunta la sentencia: “[...] ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más ‘favorable’ que la normativa constitucional interna?”.

²¹ Como dice Ayala, los actos del Estado están sometidos a las obligaciones internacionales establecidas en tratados sobre derechos humanos, sin que exista “inmunidad de jurisdicción” ni “actos exentos de control internacional”; el Estado no puede alegar su derecho interno, aun su Constitución, para incumplir dichas obligaciones (*ibidem*, p. 395). Cita Ayala la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *La Última tentación de Cristo*, en la cual declaró que “la Constitución de Chile violaba la Convención Americana porque autorizaba la censura previa de espectáculos públicos. Chile, como Estado cumplidor del derecho internacional, modificó su Constitución para cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana y eliminar dicha censura por ser contraria a la libertad de expresión bajo la Convención Americana (art. 13)” (*ibidem*).

Afirmé anteriormente que el criterio para solucionar el posible conflicto solo puede ser el principio *pro homine*, es decir, tendrá preferencia la norma constitucional o internacional que brinde mayor protección al derecho humano, al derecho de la persona: *la favorabilidad se determina en relación con el ciudadano*. Pues bien, la comentada sentencia afirma precisamente lo contrario. En efecto, con fundamento en la sentencia de la Sala Constitucional 1309, del 19 de julio de 2001, ya citada, defiende “la necesidad de asegurar la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución”.

Según esta sentencia, interpretar “el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo”. Para justificar esta decisión elogia de la sentencia 1309, aludida *supra*, lo relativo a la reivindicación de la “supremacía constitucional, la soberanía y la autodeterminación nacional y la reivindicación de la tradición de cultura como fuente de interpretación y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural”, que no son más que una opción por la “interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista”.

Concluye la sentencia 1265 afirmando:

[...] la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común [...].

En igual sentido, la sentencia 1939 de la Sala Constitucional, del 18 de diciembre de 2008 (ponencia de Arcadio Delgado Rosales), aludiendo a la manida sentencia 1309 de esa misma Sala, del 2001, expresa el repetido criterio determinante para solucionar la contradicción entre las normas constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, alude a la primacía del proyecto constitucional y la soberanía del Estado sobre los derechos individuales. Igualmente, reafirma el criterio de la propia Sala según el cual:

[...] deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos [...] sobre los intereses particulares.

3. Consideraciones finales

Como ha podido apreciarse, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente la emanada de la Sala Constitucional, ha tenido un claro propósito de desconocer las decisiones y recomendaciones de los organismos americanos de protección de los derechos humanos, creados mediante tratados internacionales suscritos por Venezuela. La constante alusión a la “soberanía”, la “integridad territorial”, la “autodeterminación nacional” y el “proyecto político constitucional” para desconocer aquellas decisiones evidencia una clara tendencia autoritaria que menoscaba los derechos fundamentales de las personas e incumple el propio texto constitucional venezolano.

Siguiendo esta línea, no sorprende que el 10 de septiembre de 2012 las autoridades venezolanas hayan denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual no puede interpretarse sino como otro paso en su estrategia de excluirse del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y así impedir cualquier control foráneo de las decisiones del Estado venezolano que afecten a sus ciudadanos.

Entre las razones esgrimidas para la referida denuncia por el ministro de relaciones exteriores venezolano, Nicolás Maduro, se cita que tanto la Corte IDH como la Comisión han vulnerado la propia Convención y la propia Constitución venezolana, “máxima norma jurídica del país”.

INFORME SOBRE EL IX ENCUENTRO DEL GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL BOGOTÁ, 1-4 DE OCTUBRE DE 2012

María Laura Böhm

Aclaración preliminar

En el Encuentro interno del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional que tuvo lugar en la ciudad de Bogotá los días 1 a 4 de octubre de 2012 se discutieron informes preliminares preparados para su posterior publicación en la presente obra. Sin embargo, en esta se ofrecen informes de dos países cuyos autores no pudieron participar del Encuentro, por lo que no se encontrarán en esta reseña: 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 este libro. Por otra parte, en el Encuentro fue discutido el trabajo preliminar sobre Guatemala realizado y presentado por Salvador Herencia (Perú), que está reseñado en este informe, aunque luego se decidió —debido a las dificultades para obtener información suficiente, así como por falta de un nacional guatemalteco como representante del país en el Grupo— no incluirlo en la publicación. Por último corresponde mencionar a quienes sin realizar presentación de un país en particular también participaron del Encuentro y sus discusiones: Ezequiel Malarino (Argentina, co-coordinador académico del Grupo) y María Laura Böhm (Argentina-Alemania, asistente de Coordinación).

I. Apertura y presentaciones

Alejandro Aponte, anfitrión del Encuentro, dio la bienvenida al Grupo y a los invitados, abogados senior de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(Corte IDH), Oscar Parra y Romina Sijniensky. A continuación dieron sus palabras de bienvenida el director del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana, *Andrés Ramírez*, luego el director del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y coorganizador del encuentro, *Christian Steiner*, y finalmente *Kai Ambos*, co-coordinador académico del Grupo, quien destacó la importancia de estos diez años de fructífera existencia.

II. Informe de Colombia, a cargo de Alejandro Aponte

Aponte escogió tratar la acción de revisión. A diferencia de otros países respecto de los cuales hay decisión de la Corte IDH en que se ha dicho “debe abrirse un nuevo proceso”, en Colombia existe un entramado institucional que regula la reapertura de casos. En el año 2003 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).

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 acción de revisión. Según norma estatutaria, no tienen efecto retroactivo salvo que sea establecido expresamente en el fallo. No obstante, la Sala Penal en 2007, 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 CC amplió la interpretación para hechos anteriores al 2003, en que 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.

La importancia de este antecedente se advierte respecto de su aplicación para hechos no tipificados previamente (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 presente 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. En la discusión se trató especialmente la cuestión del activismo de la CC, las dificultades para definir cuándo hay o no impunidad, la diferencia entre priorización y selección de casos graves, y los criterios para definir “infracciones graves al DIH”.

III. Informe de Argentina, a cargo de Pablo Eiroa

Eiroa reseñó que en Argentina la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tiene jerarquía constitucional desde 1994, por lo que integra el bloque de constitucionalidad federal, pero no hay en el derecho interno una norma de origen nacional que establezca si son obligatorias o no las decisiones y recomendaciones de los órganos interamericanos. Respecto de las recomendaciones, la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) desde 1998 (fallo *Acosta*) 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 tendría la CSJN desde el año 2004 (fallo de la Corte IDH en el caso *Bulacio*), cuando —con base en esta sentencia de la Corte IDH— revocó un sobreseimiento dictado por prescripción de la acción. La CSJN manifestó no compartir la concepción restrictiva del derecho de defensa que surgía del fallo de la Corte IDH, consideró que no había habido defensa y que la responsabilidad ahora del Estado era a 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 el orden interamericano; correspondía cumplir para no caer en incumplimiento internacional.

La decisión de la CSJN no solo involucra entonces la cuestión de qué criterio debe prevalecer, sino que involucra también la posible violación de normas constitucionales y procesales. No existe en Argentina una norma que solucione ese problema. Las cuestiones tratadas por Eiroa se refirieron a qué decisión debe prevalecer, a la restricción de

normas procesales constitucionales y a si hay o no necesidad de acatar las decisiones de la Corte IDH para evitar responsabilidad internacional. Eiroa destacó en este contexto el distinto objeto procesal y las distintas consecuencias de los dos procesos.

En la discusión se profundizaron las preguntas y críticas arrojadas por el propio Eiroa, fundamentalmente respecto de los problemas que surgen cuando en el ámbito interamericano la decisión o recomendación contraría el propio orden nacional —incluso constitucional— suficientemente protector de los derechos humanos.

IV. Informe de Uruguay, a cargo de Pablo Galain Palermo

Galain Palermo explicó que Uruguay estaría en falta con la CADH (a la que adhirió en 1985) por su Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, la cual determina que es potestad estatal el ejercicio del *ius puniendi*. Las sentencias de la Corte IDH deben cumplirse desde esta adhesión, pero no hay norma que diga cómo se deben cumplir. El órgano ejecutor es la Suprema Corte de Justicia (SCJ).

Se refirió luego a las únicas dos sentencias contra Uruguay, ambas de 2011: *Gelman y Balbani*, este último sobre la crisis financiera. En *Gelman* la Corte IDH exigió a Uruguay la nulidad de la Ley de Caducidad, así como 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 (DFP), aunque esta figura existe en Uruguay recién desde el año 2006.

Antes de que se diera a conocer la sentencia, Uruguay convocó a un plebiscito que no alcanzó los votos necesarios para anular la Ley de Caducidad, por lo que 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 de 2009, cuando era inminente la sentencia de la Corte IDH, se reconoció que había habido terrorismo de Estado y que las víctimas debían ser reparadas, y luego el Parlamento suspendió por ley los plazos de prescripción y definió la naturaleza de lesa humanidad de los hechos. En cuanto al cumplimiento de la sentencia de condena, por lo tanto, Uruguay cumplió. 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. Sobre esta cuestión Galain Palermo explayó la segunda parte de su presentación.

En la discusión se profundizó sobre esta última pregunta, así como sobre la necesaria diferenciación de los mecanismos de transición, y sobre las dificultades que presenta la (aparente?) contradicción entre interpretación pro reo e interpretación pro víctima.

V. Informe de México, a cargo de Javier Dondé Matute

Primeramente Dondé Matute expuso el marco jurídico mexicano, dado que la reciente reforma constitucionaliza los derechos humanos en el artículo 1 de la nueva Carta. Luego centró su atención en el expediente del caso *Radilla*, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) explica que hay sentencias en casos en que México es parte y fue condenado, las cuales son obligatorias y con criterios vinculantes para el Poder Judicial e incluso para cualquier autoridad, y otras sentencias contra otros Estados, que deben tomarse como criterios solo orientadores, no vinculantes para el Estado mexicano. También establece la necesidad de tener una interpretación “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 compatible con los derechos humanos, mientras que sin ella podría ser inconstitucional. Esto ha conducido en los últimos dos años en México a un control de convencionalidad que conlleva un excesivo activismo judicial: 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 —la posibilidad de anular normas jurídicas está retenida en la Suprema Corte—.

Sobre ejemplos concretos, en la segunda parte de su exposición Dondé enumeró y explicó sus conclusiones: es mucho más sencillo el cumplimiento cuando la medida de reparación corresponde a un solo órgano; acciones que implican que el gobierno desembolse determinada cantidad de dinero no han ocasionado problemas; una complicación extra en el contexto mexicano está dada por las decisiones que tratan sobre las fuerzas armadas, y un denominador común es una nueva interacción con las víctimas. Finalmente destacó la importancia de identificar cuáles son las normas de derechos humanos.

En la discusión se trató la importancia de una evaluación integral al momento de definir el grado de cumplimiento de las sentencias, así como el llamado *examen de conformidad*.

VI. Informe de Brasil, 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 los 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, y la jurisprudencia se posicionó pacíficamente en este sentido, aunque esto cambió por la reforma constitucional de 2004, a partir de la cual los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados con mayoría calificada “equivaldrán a reformas constitucionales”.

Esto suscitó diferencias entre doctrina y jurisprudencia. A fin de explicar estas dificultades, Girão Monteconrado presentó dos casos. El primero, el caso *Escher*, referido a la problemática de la prescripción y que significó un cambio de posición respecto de *Bulacio*. 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, y esto fue aceptado por la Corte IDH. En el segundo caso, *Gomes Lund*, hubo una decisión del STF 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 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. Se dio una serie de nuevas medidas para intentar responder a los casos de DFP, procurando abordar el asunto (con base en dos decisiones de extradición) sin tratar el tema de la amnistía, porque en caso de tener que intervenir el STF reiteraría que el rango de la sentencia de la Corte IDH es inferior. Estas medidas están en fase inicial. Se concluyó entonces que el propio Ministerio Público Federal (MPF) evita enfrentar los efectos de la Ley de Amnistía. Recordó Monteconrado que el derecho brasileño continúa refractario al derecho internacional.

En la discusión se trató el alcance que tiene la “obligación de investigar”, así como las consecuencias de la actitud brasileña para con el orden interamericano. Se dio también una fuerte discusión en torno a la figura de la DFP.

VII. Informe de Bolivia, a cargo de Elizabeth Santalla Vargas

Señaló Santalla Vargas que en Bolivia 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. La CADH constituye una fuente de interpretación.

Mencionó asimismo que recientemente se adoptó un Código Procesal Constitucional (CPC) que tiene por objeto reglamentar los procedimientos constitucionales. De manera crítica señaló que el CPC establece para el Tribunal Constitucional la facultad de efectuar una interpretación sistemática y teleológica “según los fines establecidos en los principios constitucionales” y de interpretar los derechos reconocidos en la CPE a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que implica una disyuntiva normativa: la Constitución sitúa a los tratados vinculantes de derechos humanos 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 el impacto se evidencia en la nueva Constitución, que contempla la figura de la DFP, la cual fue objeto de las tres sentencias condenatorias de la Corte IDH contra Bolivia (*Trujillo, Ticona e Ibsen*). El precepto constitucional recoge la prohibición de la DFP y de la esclavitud como un derecho fundamental, lo cual Santalla Vargas consideró —y fundamentó detalladamente en su exposición— una inconsistencia jurídica, independientemente de las dificultades de la obligación de tipificación de la figura de la DFP. Como se demuestra en el caso boliviano, se pone de manifiesto que es necesario articular los derechos humanos en relación con el DPI, señaló Santalla Vargas. Explicó las razones por las que es necesario que se den ciertos lineamientos por parte de la Corte IDH cuando ordena medidas de tipificación.

En la discusión se trató sobre las particularidades de la reforma constitucional boliviana y sobre las dificultades de establecer niveles jerárquicos entre los distintos órdenes normativos.

VIII. Informe de Ecuador, a cargo de Ramiro García Falconí

Antes de referirse al cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH en Ecuador, García Falconí presentó una breve reseña histórica. Recordó que en la década de 1970 hubo dictadura en su país, 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 se estableció por primera vez la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

En cuanto a los casos específicos, García Falconí recordó que Ecuador tiene un 85% de sentencias de la Corte IDH en las que fueron 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, con argumentos relativos a la soberanía y la democracia.

En el sistema ecuatoriano, explicó críticamente García Falconí, hay una norma que establece la jerarquía infraconstitucional de los tratados internacionales, lo que implica indefensión ante violaciones de derechos humanos. Sobre el grado de cumplimiento, consideró que en el país solo se han logrado indemnizaciones, pese a que en 10 de las 13 sentencias contra Ecuador se había ordenado investigación, procesamiento y condena. No hay ni una sola investigación iniciada. Sí se estableció una Comisión de Verdad, en cuyo marco se probaron 181 casos, de los cuales se procesó uno solo.

La discusión giró en torno a si hay o no supremacía del orden interamericano en Ecuador y, en particular, los efectos de la normativa al respecto.

IX. Informe de Paraguay, 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. Agregó que 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, Alfonso comentó con respecto a obligaciones en el ámbito legislativo, 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— y explicó los vaivenes y dificultades dogmáticas que han provocado que hasta el momento esta recomendación no haya sido cumplida. En la reforma penal de 2007 ni siquiera fue mencionada. 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*. 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. Mencionó luego otras reformas relativas al orden militar. Sobre casos judiciales, en segundo lugar Alfonso comentó la recomendación de la Com IDH sobre hechos punibles contra el honor. La Corte Suprema, en el marco de un recurso de revisión, absolvio a la persona que había recurrido, y tomó para ello parte de los argumentos de la Com IDH. En otro caso, *Vargas Areco*, la Corte IDH ordenó una investigación diligente para esclarecer la muerte de un menor. Con posterioridad a 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 procesadas anteriormente.

En la discusión se trataron largamente cuestiones relativas a las dificultades de tipificación y su orden por parte de la Corte IDH, así como el alcance de la obligación de investigar.

X. Informe de El Salvador, a cargo de Jaime Martínez Ventura

Martínez Ventura explicó que en El Salvador la Constitución de la República (CR) establece la jerarquía supralegal de los tratados internacionales. Sin embargo, la misma CR dice que lo establecido en un tratado no puede estar por encima de la CR, lo cual consideró casi una contradicción. Es una especie de doble resguardo. El Salvador ratificó la CADH en 1978, y desde junio de 1978 esta está en vigencia en el país, lo cual coincide con los años previos a la guerra civil. Luego tuvo lugar el conflicto abierto entre 1981 y 1992, el período en que más se violaron los derechos humanos en El Salvador. El Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH en el año 1995. Hasta

ahora no ha habido casos de incompatibilidad. Martínez Ventura afirmó que la CADH es infringida diariamente.

Mencionó que no hay norma expresa que ordene el cumplimiento de las recomendaciones. En cuanto a los efectos de las decisiones, solo hay tres sentencias contra El Salvador: dos relativas a DFP de niños y niñas (*Hermanas Serrano Cruz y Contreras*) y una causa sobre ejecuciones sumarias (*García Prieto*). Pudo comprobar el incumplimiento de las sentencias que ordenan a El Salvador tomar medidas de carácter legislativo para poder investigar y sancionar determinados hechos. Respecto de las investigaciones que están pendientes, no se han explicitado obstáculos jurídicos (como podría serlo la ley de amnistía que hubo en El Salvador, o la prescripción). Simplemente ha habido inmovilidad. Respecto de los casos judiciales, no hay casos concluidos. En cuanto a otros efectos, lo más sobresaliente es que se organizó una nueva Comisión de Búsqueda, con la que la obligación fue dada por cumplida.

Martínez Ventura finalizó informando que no ha habido opiniones consultivas ni efecto de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la legislación salvadoreña.

En la discusión se trató nuevamente la cuestión de las tipificaciones, así como los factores que llevan al incumplimiento de las sentencias y recomendaciones.

XI. Informe de Guatemala, 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. 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 que Guatemala ha cumplido. El caso más relevante es el de la *Masacre de las Dos Erres*. En tercer lugar señaló que, 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 Guatemala ha sufrido uno de los mayores conflictos armados internos de la región, con la particularidad de que hay un proceso abierto contra el expresidente Gral. Ríos Montt por genocidio.

Institucionalmente, explicó Herencia, se ha seguido la ola del nuevo constitucionalismo y se han suscrito tratados internacionales. Sin embargo, se da la 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.

Herencia explicó que la jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido en la implementación normativa y en el desarrollo jurisprudencial en Guatemala. Luego desarrolló brevemente el caso de las *Dos Erres*, donde se cuenta con dos sentencias firmes contra los autores materiales de la masacre. Sí hay respuesta frente a la Corte IDH, destacó, aunque contradictoria: mientras la Constitución considera al Estatuto de Roma (ER) como tratado de derechos humanos, la Corte Constitucional impide el avance de investigaciones.

En la discusión se trató el impacto de la Comisión sobre la impunidad y se discutió sobre las dificultades de informar sobre un país en el cual las sentencias no están disponibles.

XII. Informe de España, a cargo de Alicia Gil Gil

Gil Gil se refirió primeramente a las diferencias entre el sistema europeo y el interamericano, y explicó que según, el artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son de cumplimiento obligatorio. En cuanto al seguimiento, comprobar la debida ejecución de la sentencia incluye la adopción de medidas de carácter general o especial, y evitar que persistan los efectos de la vulneración. El TEDH ha sido flexible en cuanto a los medios, ya que obliga a obtener el resultado, aunque esto se ha modificado sensiblemente con el Protocolo Adicional 14, que prevé reglas más explícitas, y con la resolución del 12 de mayo de 2004 sobre problemas estructurales y mejoras en los recursos internos del Comité de Ministros, a partir de los cuales comenzaron a ordenarse medidas individuales de ejecución, en algún caso sin dar opción al Estado. Se refirió luego a los problemas que se presentan en caso de violación al artículo 6 CEDH (proceso equitativo), para subsanar los cuales se solicita al Estado la reapertura del proceso a fin de hacer efectivo el derecho a un proceso justo.

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 Gil Gil— son por infracción al derecho a juicio justo (por ausencia del 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. El Tribunal Constitucional (TC) se ha declarado vinculado, lo cual va en contra del argumento de que el TC es el máximo intérprete de la Constitución. La obligación reside en interpretar los derechos plasmados en la Constitución de acuerdo a la interpretación que el TEDH hace del CEDH. Gil Gil se refirió por último al carácter de las condenas que ha recibido España y las tensiones existentes al respecto entre el TC y el Tribunal Supremo.

En la discusión se trató la problemática de la revisión, así como las diferencias entre los países con respecto al rango de las normas y la “interpretación conforme”.

XIII. Bienvenida a los asesores en cuestiones de negociaciones de paz

Se incorporaron al Encuentro los asesores del alto comisionado de Paz Sergio Jaramillo (asesor del presidente de Colombia respecto de las negociaciones de paz entre el Estado colombiano y los grupos armados), Juanita Goebertus, Natalia Arboleda y Alejandro Reyes.

XIV. Informe de Perú, a cargo de Carlos Caro

Caro destacó que respecto de Perú se cuenta con abundante información, en concreto, 27 casos. Con sentencia definitiva de fondo destacó *Neira Alegría*. Sobre la relación entre derecho internacional y derecho interno, señaló que Perú ratificó la Convención de Viena en el año 2000. La 16.^a disposición complementaria de la Constitución peruana, ya derogada, ratificaba varios instrumentos internacionales, la CADH entre ellos, y desde 1981 se reconoció la competencia contenciosa. En la Constitución de 1993 el artículo 55 establece expresamente que los tratados son parte del derecho interno, y la ley 26#647 dice que no requieren de implementación interna. Por otro lado, explicó Caro, hay disposiciones diferentes, ya que el artículo 56 constitucional establece que en materia de derechos humanos se requiere la aprobación del Legislativo. De acuerdo a la

Constitución se puede iniciar proceso de inconstitucionalidad contra la propia Carta y los tratados. La cuarta disposición final de la Constitución de 1993 estableció 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, y fue confirmada por el Tribunal Constitucional. Por otro lado, señaló Caro que la jurisprudencia peruana ha sido generosa en la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH, a la que se considera de aplicación inmediata, y aportó ejemplos al respecto.

La ejecución de las decisiones contra el Estado peruano no ha sido problemática. La ley 27#775 establece el procedimiento de ejecución de los fallos dictados por los tribunales supranacionales, que Caro explicó someramente.

En la última parte de su presentación comentó detalladamente los casos *Castillo Pretruzzi, Barrios Altos* y el pedido de *indulto a Fujimori*.

En la discusión se trataron cuestiones relativas a la decisión jurisprudencial del rango dado a la jurisprudencia de la Corte IDH, al foro militar y al pedido de indulto.

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 y las negociaciones de paz (inminentes en ese momento, y hoy ya iniciadas) entre el gobierno colombiano y los grupos armados guerrilleros.

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

Guzmán Dalbora mencionó, con respecto al tema de la transición, dos documentos importantes para la transición chilena: la ratificación de la CADH y la ratificación del ER, en los cuales Chile acepta la competencia contenciosa de la Corte IDH por hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a 1990 o a la ratificación del ER. Los 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.

Explicó Guzmán la actitud indiferente y hasta reacia de Chile para con el derecho internacional, y que hasta hoy subsiste la cuestión de si los tratados sobre derechos fundamentales tienen jerarquía superior o análoga a la de las leyes. Desde las reformas constitucionales de 2005 los tratados internacionales pierden vigencia, se derogan o modifican de acuerdo a las normas internacionales, lo cual ha sido interpretado como que los tratados internacionales no son leyes, tienen jerarquía superior a ellas pero inferior a la Constitución. Este es el punto de vista mayoritario. Así, el ordenamiento sigue careciendo de disposiciones que permitan una adecuada armonización del derecho chileno con el derecho internacional.

Sobre el cumplimiento de las decisiones de los órganos del sistema interamericano, debe diferenciarse entre sentencias y recomendaciones. En cuanto a las primeras, no hay establecidos procedimientos internos, y Guzmán recordó las dificultades suscitadas cuando debieron pagarse indemnizaciones sin contar con reglas que delineasen el procedimiento para ello. Procedimientos relativos a revisión o a la amnistía aún no tienen solución. Relató detalladamente las dificultades surgidas a partir del caso *Palamara*.

Los fallos en general han sido cumplidos, por dos razones —explicó—. El motivo jurídico es que la doctrina entiende que la CADH es obligatoria para el Estado de Chile en todos sus términos, que es autoejecutable y no requiere de disposición legal alguna para que se ordene su cumplimiento. La segunda razón es política, ya que hasta el año 2010 los partidos que integraban la Concertación por la Democracia eran los que habían sufrido lo sucedido en Chile y tomaron por tanto seriamente el orden interamericano.

En la discusión se trataron las dificultades que acompañaron la reforma constitucional impulsada por el caso *La última tentación de Cristo*, así como temas relativos al foro militar, la amnistía y los desafíos que se plantean al tratar con *decretos-ley*.

XVII. Discusión final sobre Colombia

Luego de agradecer el espacio, Goebertus planteó dos cuestiones finales. En primer lugar, señaló que 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. Como segunda cuestión señaló 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 concluyó explicando que el proceso de paz y las negociaciones que se inician en Colombia se basan en la idea de simetría moral (“hay asimetría jurídica porque tengo que sancionar, pero no es asimetría respecto del otro al que reconozco como enemigo”).

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

CÉSAR ALFONSO. Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Asunción, Paraguay). Notario y escribano público por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Asunción). Máster en Derecho Penal (Universidad del Norte Asunción, Paraguay). *Magister Legum* (Universidad de Münster). Miembro del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal.

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg August Universität Göttingen. Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la misma universidad. Juez del Tribunal Provincial de Göttingen (desde marzo de 2006). Decano para Estudios (*Studiendekan*) de la Facultad de Derecho (2008-2010). Entre 1991 y 2003 fue responsable de las áreas Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo. Para más información véase www.department-ambos.uni-goettingen.de.

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho (Universidad de Saarland, en Saarbrücken, Alemania). Profesor asociado a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Ha trabajado como director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz en Colombia, apoyado por el CITpax de Madrid. Se ha desempeñado como consultor de agencias internacionales y nacionales. En la actualidad es asesor externo del despacho del señor fiscal general de la Nación. Ha sido nombrado conjuez de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

MARÍA LAURA BÖHM. Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Magíster en Criminología (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina), *Diplom-*

Kriminologin (Universidad de Hamburgo) y *Doktorin der Philosophie*, especialización en Criminología (Universidad de Hamburgo). Se desempeñó en cargos de la defensa pública (Argentina, 1996-2003), fue becaria de la Fundación Konrad Adenauer (Alemania, 2004-2008) y asistente de investigación en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad Georg-August de Göttingen (2008-2011). Desde abril de 2011 es becaria posdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt (Göttingen).

CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y director ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y de Caro & Asociados.

ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ. Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y exjuez del tribunal de casación y de apelación de sentencia penal de San José. Fue director de la Escuela Judicial de Costa Rica y magistrado suplente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Es profesor de programas de maestría y doctorado en Costa Rica, América Central y Bolivia. Como asesor de comisiones legislativas ha estado vinculado a la redacción de la legislación penal sustantiva de Costa Rica, Nicaragua, Guatemala y Honduras. Ha publicado libros y artículos en temas de derecho penal, procesal penal, política criminal y derecho constitucional en América Latina y Europa.

JAVIER DONDÉ MATUTE. Doctor en Derecho Penal Internacional y Comparado (Universidad de Aberdeen, Gran Bretaña). Profesor-Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

PABLO D. EIROA. Doctor en Teoría e Historia del Derecho por la Universidad de Florencia. Profesor adjunto interino de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Buenos Aires y profesor adjunto de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Belgrano. Es autor de *La Corte Penal Internacional. Fundamentos y jurisdicción* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004) y *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009), y coautor de *Kurze Geschichte des argentinischen Strafrechts* (Berlín: Lit, 2012).

PABLO GALAIN PALERMO. Doctor Europeo en Derecho. Investigador senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Alemania).

RAMIRO GARCÍA FALCONÍ. Abogado y doctor en Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Máster en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia). Máster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla). Máster en

Derechos Humanos (Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Internacional del Ecuador. Profesor invitado de universidades latinoamericanas y europeas. Investigador invitado por la Universidad de Göttingen. Exjuez de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha. Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas.

ALICIA GIL GIL. Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y doctora en Derecho por la UNED. Profesora titular de Derecho Penal en la UNED, acreditada por la ANECA para el cuerpo de Catedráticos de Universidad, subdirectora del Instituto Universitario Gutiérrez Mellado de estudios sobre paz, seguridad y defensa. Ha sido profesora en la Universidad de Zaragoza, investigadora becada en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania) y profesora en la UNED. Es coautora del *Curso de Derecho penal. Parte general* (Madrid: Dykinson, 2011), autora de numerosas monografías sobre temas centrales de la teoría jurídica del delito y sobre distintos temas de derecho penal internacional —entre otros: *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica* (Barcelona: Atelier, 2009), *El delito imprudente* (Barcelona: Atelier 2007), *Bases para la persecución nacional de crímenes internacionales en España* (Granada: Comares, 2006), *La ausencia del elemento subjetivo de justificación* (Granada: Comares, 2002), *Derecho penal internacional* (Madrid: Tecnos, 1999)— y de más de medio centenar de artículos publicados en libros y revistas españolas y extranjeras.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España). Especialista en derecho penal y criminología (Universidad de Roma, La Sapienza, Italia). Doctor honoris causa por las universidades Nacional de San Agustín, de Arequipa (Perú), y de Antofagasta (Chile). Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso (Chile). Excatedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta. Fue abogado integrante (juez suplente) de las cortes de apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y de Valparaíso (2007-2008). Autor de múltiples publicaciones sobre temas de derecho penal y filosofía del derecho. Director del Instituto de Ciencias Penales de Chile.

EZEQUIEL MALARINO. Graduado en derecho (con honores) por la Universidad de Buenos Aires (1996) y doctor en derecho por la Universidad de Macerata, Italia (2006). Es profesor catedrático de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Belgrano, profesor en la Carrera de Especialización en Derecho Penal y en el Doctorado de la Universidad de Buenos Aires y, desde 2006, profesor visitante de Derecho Penal Internacional en la Universidad de Trento. Desde 2007 es asesor letrado de la

Procuración General de la República Argentina. Fue profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires (2010 y 2011), investigador de planta del Collège de France, París, Francia (2004-2006) e investigador contratado del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, Alemania (2002-2004). Realizó estancias de investigación en universidades de Alemania (Münster y Göttingen), Italia (Bolonia, Macerata, Camerino y Trento), Francia (Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Israel (Hebrew University) e Inglaterra (University of Nottingham), y fue becario del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional (2002), del Ministerio para la Investigación Científica de Italia (2003-2006), del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, 2010) y del Institute for Advanced Studies de Israel (2012). Actualmente es becario de la Fundación Alexander von Humboldt (beca Georg Forster para investigadores experimentados) e investigador invitado en el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Göttingen (Alemania).

JAIME EDWIN MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Diplomado en Criminología y Justicia Penal Juvenil por el Consejo Nacional de la Judicatura. Fundador y director (1993-2005) del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES). Entre 2005 y 2009 dirigió la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia. Desde el 1 de junio de 2009 se desempeña como director general de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador. Es miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP), del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional y del Consejo de la Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad, con sede en Guatemala.

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ. Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (1990). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (2000). Becario de la Fundación Alexander von Humboldt, del Instituto de Cooperación Iberoamericana, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Profesor de Derecho Penal en las universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Profesor invitado de la Universidad de León (España), de la Universidad del Zulia y de la Universidad de Carabobo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

FABÍOLA GIRÃO MONTECONRADO. Máster en Derecho, Estado y Sociedad (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil), doctoranda en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). Profesora de Derecho penal y Derecho penal internacional en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do IBCCrim.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Licenciada en Derecho (con honores) por la Universidad Católica Boliviana, Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de San Francisco (Estados Unidos). Cursos adicionales en, *inter alia*, Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos., Grotius Centre for International Legal Studies - Leiden University, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Academia de La Haya de Derecho Internacional, Universidad de Helsinki, Universidad del Rosario (Colombia). Profesora de derecho internacional, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario en varios cursos, nacionales y regionales. Al presente imparte cursos especializados en derecho internacional en la Universidad Privada Boliviana. Ha efectuado consultorías y asesoría jurídica en el ámbito nacional e internacional y ha sido miembro del equipo jurídico boliviano encargado de la elaboración de la demanda marítima presentada ante la Corte Internacional de Justicia.

MARCOS ZILLI. Professor Doutor de Direito Processual Penal nos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor do Curso de pós-graduação Interdisciplinar Humanidades, Direitos e outras Legitimitades da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (USP). Membro do Grupo de Pesquisa Conflitos Armados na Era Contemporânea vinculado ao Diversitas – Núcleo de Estudos das Diversidades, Intolerâncias e Conflitos (USP). Juiz de Direito.

