

I CURSO DE FORMACIÓN EN DERECHOS
I CURSO DE FORMACIÓN EN DERECHOS
HUMANOS PARA JUECES
HUMANOS PARA JUECES
LATINOAMERICANOS
LATINOAMERICANOS

PRIMERA SESIÓN – 27 DE JUNIO DE 2005

Tras la ponencia de D. José Manuel Bandrés, se reunieron los grupos para dar lectura al caso presentado (STC 214/1991, de 11 de noviembre, caso de la tutela del honor de Violeta Friedman). A su término, se deliberó en el seno de cada grupo, para dar respuesta a las cuestiones formuladas, a la luz del caso planteado. Los respectivos relatos arrojaron las siguientes conclusiones básicas:

- 1) ¿Qué significado proyecta la constitucionalización de los derechos fundamentales?

Grupo n° 1: Se destacó que se respondía a tal cuestión partir de las realidades propias de los países representados en el grupo. Se mencionó que, pese a la consagración constitucional de los DD fundamentales, la inestabilidad institucional se tradujo -y traduce- en falta de tutela judicial efectiva en muchos casos, dependiendo de dichas mutaciones político-institucionales, ejemplificando con los casos de la presidencia de Fujimori en Perú y con la historia reciente de Ecuador. Se puso de relieve que Constituciones como la de Ecuador de 1998 colocan a los jueces en el rol de garantes efectivos del cumplimiento de las normas fundamentales. Se enfatizó que los DD HH y sus GG son directamente aplicables, sin necesidad de normas legales internas que los reproduzcan.

Grupo n° 2: Se apuntó como una variación fundamental la producida a través de la constitucionalización de los derechos fundamentales: el Poder Judicial dejó de ser considerado un mero servicio de administración para pasar a ser un auténtico poder, resaltándose su rol de contrapeso frente a los otros poderes. En ese orden, la ausencia de normas positivas internas que consagren ciertos derechos y garantías reconocidos por los instrumentos internacionales de DD HH, dan lugar a una nueva tarea de los jueces, quienes deben incorporarlos, dando positividad a los preceptos contenidos en tales instrumentos. La jerarquización de unos y otros derechos, de cara al caso concreto, es también una nueva tarea para los jueces. El ponente Bandrés puntualizó al respecto que el paso de mero servicio de administración a poder, por parte del

Judicial, debe interpretarse en el sentido de que dicho poder lo sea frente a los otros poderes, pero que su misión como tal debe ser la de complementar al orden normativo en base a valores, de interpretar las normas con una teleología.

Grupo n° 3. Se puso de relieve la necesidad de dar efectividad a los DD y GG consagrados en las Constituciones, pues en la práctica su importancia formativa aparece frecuentemente subvertida.

Grupo n° 4: Se señaló que la existencia de una parte dogmática en las Constituciones de la región (el “disco duro” como también la definió el ponente Bandrés), continente de las declaraciones de DD y GG, expone un código básico al que deben adaptarse obligatoriamente todos los poderes del Estado, y en cuya interpretación, frente a los casos en concreto, corresponde a los jueces ponderar qué derecho prevalece sobre otro u otros, conforme a una teleología en la que la dignidad de todo ser humano y el principio de igualdad o justicia son valores superiores a respetar por regla.

Grupo n° 5: Se advirtió que, sin perjuicio de destacar que la declaración formal de tales derechos fundamentales en las Constituciones los dota de una mayor seguridad en punto a su consideración y respeto, no se debe estimar a tales formulaciones como exponentes de un *numerus clausus* de DD y GG, sino con apertura a otros de progresiva recepción.

-
- 2) ¿Es imprescindible la existencia de una Corte Constitucional que conozca de los recursos de amparo contra las violaciones de los derechos fundamentales para la efectiva tutela?

Grupo n° 1 : Se relativizó la necesidad de su existencia, sobre la base de ejemplos como el del Ecuador, donde la sujeción al poder político de turno ensombrece su validez como instancia democrática, citando como muestra el caso de la “detención en firme”, declarada constitucional pese a su incompatibilidad con la propia norma que la proscribía. También se citó el caso de Brasil, donde es una sala especial de Supremo Tribunal la que juzga tales cuestiones, destacándose su excepcional y muchas veces tardía intervención frente a los reclamos del amparado.

Grupo n° 2 : Si bien se puso de manifiesto la importancia de contar con una Corte Constitucional, se criticaron los enredos burocráticos de su gestión en Brasil, p. ej., y se sostuvo que, en rigor, tal Corte no sería necesaria si los jueces ejercieran el control debido sobre las violaciones a los DD y GG de los individuos, con auténtico compromiso. El ponente Bandrés matizó luego señalando que, si bien es importante recalcar que todos los jueces son jueces de la Constitución, encuentra plausible contar con una instancia específica de control constitucional, a condición de que sea independiente del poder político.

Grupo 3: Se entendió que no era necesaria una Corte Constitucional, pudiendo tratarse de una sala del Tribunal o Corte Suprema de Justicia con esa incumbencia. Se reafirmó la necesidad de su independencia respecto del poder político.

Grupo 4: Tampoco se estimó imprescindible la existencia de una Corte Constitucional para los amparos, destacándose la importancia de que cada juez, munido del control de constitucionalidad de las leyes y valido de su competencia como juez constitucional, decida en cuestiones de amparo, sin perjuicio de la existencia de una instancia superior que confirme o descarte su decisión, en consonancia con las exigencias de instrumentos internacionales como el PSJCR o CADH.

Grupo 5: Se destacó, asimismo, la importancia de que todos los jueces ejerzan el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos, pero, sin perjuicio de ese control difuso, se considera importante la existencia de una instancia específica, tal como una sala de la Corte Suprema, que ejerza el control definitivo.

3) ¿Cuál es la relevancia jurídica de las Declaraciones y tratados internacionales en materia de DD HH en el Derecho interno?

Grupo 1: Se debatió arduamente, coincidiéndose en que lo fundamental es el compromiso del Juez con los DD HH reconocidos en esa formativa. Se destacó que muchas veces los jueces decaen en ese compromiso por temor a su inestabilidad en el cargo o por presiones políticas por el estilo. Se señalaron diferencias en punto a la

jerarquía normativa ocupada por los instrumentos internacionales de cara a la Constitución de cada país.

Grupo 2: También en este grupo se destacaron las diferencias entre los diversos países representados, en torno al lugar que ocupan los instrumentos internacionales en la escala de jerarquías formativas. Se señaló, empero, la paulatina tendencia a dar primacía a los instrumentos de carácter internacional, ejemplificándose con casos como el de Chile y la condena de la CIDH por el mantenimiento de la censura previa (en el caso de la prohibición de exhibición de la película “La última tentación de Cristo”).

Grupo 3: Se sostuvo que, en la práctica, a despecho de las consagraciones formales, los DD HH consagrados en la normativa internacional quedan por debajo de normativas de derecho interno que los desconocen o los reconocen con menor amplitud. Una vez más, se destacó la importancia del carácter de garantes de la Constitución y de los DD fundamentales de todos los jueces. Se sostuvo que sería deseable el logro del reconocimiento de un carácter supraconstitucional a los instrumentos internacionales de DD HH.

Grupo 4: Se indicaron, como en el caso del grupo 2, las diferentes posiciones formalmente ocupadas por los instrumentos internacionales, desde su equiparación jerárquica con la Constitución, como en el caso de Argentina (CN:art. 75.22), hasta el mantenimiento de la supremacía constitucional, aunque con amplios poderes de interpretación en base a los tratados de toda cláusula de derecho interno, como en el caso de Ecuador o de Perú. Se volvió sobre la importancia del control difuso de constitucionalidad de las leyes, para lograr la rejerarquización de los DD HH consagrados en los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento.

Grupo 5: Como en el caso de los grupos 2 y 4, se señaló la diferente gradación jerárquica otorgada a los instrumentos internacionales, y el logro de su paulatino reconocimiento en la praxis judicial, en base a disposiciones constitucionales generales, citándose los casos de Ecuador y de Perú.

3) ¿Cuál es la función de los tribunales internacionales en defensa de los derechos humanos?

Grupo 1: Se expresó que los tribunales internacionales no están cumpliendo cabalmente su misión de tutela, pero paralelamente se exaltó la importancia de su vigencia. Se aludió a la burocracia y la lentitud como factores negativos de tales tribunales.

Grupo 2: También se relevó su importancia: “es lo último que nos queda”, pero se explicitaron las falencias: opacidad en la designación de sus componentes, lentitud – agravada por la necesidad de traducción a los otros idiomas- y desconocimiento general acerca de las formalidades de la presentación de las demandas.

Grupo 3: Una vez más se enfatizó acerca de su carácter imprescindible: es la seguridad para evitar o neutralizar la impunidad o la injusta punición por parte de los poderes internos.

Grupo 4: La Corte Interamericana se erige en suprema instancia a nivel continental en materia de DD y GG individuales, con poder para condenar y aplicar efectivamente las sanciones. Paralelamente, cuadra hacer mención a su lentitud, sus enredos burocráticos y las dudas relativas a los mecanismos de designación de sus miembros.

Grupo 5: En análogos términos, se destacó su necesidad, pero se cuestionaron la composición y la lentitud de sus trámites.

4) ¿Los derechos fundamentales son derechos absolutos?

Grupo 1: No se respondió por falta de tiempo.

Grupo 2: Sintéticamente: los derechos fundamentales no son absolutos.

Grupo 3: Hubo criterios dispares. A partir de las explicaciones del relator, parece haber existido una discrepancia semántica en torno al carácter absoluto de tales derechos.

Grupo 4: Los derechos fundamentales no son derechos absolutos, aisladamente considerados. Deben intentarse soluciones que los concilien y permitan su armónica conjunción. En caso de conflicto insalvable, deben prevalecer, por regla, los principios fuertes de dignidad e igualdad -o justicia-.

Grupo 5: Los derechos fundamentales no son derechos absolutos. Hay que ponderarlos en el caso concreto y determinar cuál de ellos prevalece. Se llamó la atención respecto de la tensión existente entre la universalización de los Derechos Humanos y el relativismo cultural, que obliga a tomar en cuenta la diversidad, cuya omisión conspira contra el respeto a ésta última y atenta contra el principio de autodeterminación de los pueblos.

2ª SESIÓN - 28/6/05 – PONENTE: VÍCTOR FERRERES COMELLA

Al presentar el caso, el ponente destacó la claridad de la norma penal cuestionada y la flexibilización de su interpretación por el TS español. Señaló la tensión existente entre la taxatividad y la certeza de la predeterminación legislativa y la necesidad de un juicio individualizado en cada caso analizado en sede judicial..

a) En qué medida puede el juez ordinario hacer una interpretación flexible de la ley en nombre de los derechos fundamentales?

Todos los grupos coincidieron en apuntar el rol esencial del juez en la reafirmación de la superioridad normativa de la CN y de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento.

En términos generales, también convergieron al concluir que, en tal carácter, el juez ordinario se halla habilitado para efectuar una interpretación flexible de la ley en defensa de los DD HH. El grupo 4 precisó que, en el caso planteado, el Tribunal Supremo español había decidido, lisa y llanamente, inaplicar la ley, a la manera de los jueces y tribunales latinoamericanos dotados del control difuso de constitucionalidad de las leyes, observación recogida por el ponente.

Se destacaron las diferencias entre los seis ordenamientos jurídicos representados, en virtud de la inexistencia en algunos de ellos (Argentina, El Salvador) de una Corte Constitucional propiamente dicha.

b) ¿Cuál es el papel que desempeñan los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales, a la hora de aplicar la ley penal?

Sin perjuicio de poner de relieve las diferencias existentes en los diversos ordenamientos nacionales en punto a la jerarquía otorgada a los tratados de DD HH, se coincidió en reconocer su preponderancia sobre la ley nacional y se remarcó la función crucial de los jueces en tal sentido.

c) ¿Cómo delimitar las respectivas funciones de los jueces ordinarios y del Tribunal Constitucional en materia de DD fundamentales?

Dejando a salvo una vez más las diversidades resultantes de la ausencia de una Corte o Tribunal Constitucional en los diversos países representados, se coincidió en señalar el deber del juez de constituirse en garante de la CN y de los Tratados, con la limitación, en punto a los efectos de su pronunciamiento, respecto del caso en concreto, por oposición al efecto *erga omnes* de las sentencias de los tribunales internacionales.

El grupo I sostuvo además que, frente a una decisión de la Corte o Tribunal constitucional reafirmando la constitucionalidad de una ley nacional no es posible fallar en contrario, en tanto que los demás insistieron en la facultad y el deber de los jueces de todas las instancias de pronunciarse, aun en tales casos, por la inconstitucionalidad, si bien deberán dejar a salvo que conocen aquella decisión y adicionarán argumentos que avalen su decisión. El grupo 4 distinguió, a su vez, entre inconstitucionalidad lisa y llana e inaplicabilidad de la ley, según exista contradicción en los propios términos entre la cláusula de la Ley Fundamental y la ordinaria.

En sus comentarios finales, el Ponente Ferreres Comella destacó la uniformidad de criterio de los grupos, y enfatizó en torno a que no puede el Poder Legislativo expropiar al Judicial la facultad de hacer un juicio casuístico, aun cuando, en la praxis institucional, la integridad cívica del juez que inaplique la ley pueda redundar en una denuncia por prevaricato.

3ª SESIÓN – 29/6/2005 – PONENTE: ANTONIO CASTRO MARTÍNEZ

Al presentar el caso, el ponente previno respecto de la necesidad de no incurrir en un activismo judicial voluntarista y –paralelamente- instó al abandono de la postura positivista del juez autómatas, propia de la mentalidad positivista. Realizó el carácter forzosamente creativo y transformador de la interpretación judicial, a la vez que computó la dificultad añadida que enfrenta todo operador judicial, de operar sobre discursos relativos a los hechos y no sobre los hechos en sí.

1) Viabilidad (y valor) del desistimiento como modo de culminar un proceso ante la CIDH. Labor integradora/creativa del tribunal.

Analizando el caso “Maqueda” (Argentina), en todos los grupos se puso de manifiesto la objeción ante la acogida, por parte de la CIDH, del desistimiento presentado por la Comisión, sobre la base del compromiso de conmutación de la pena asumido por el Estado frente al particular afectado.

En el seno de los distintos grupos, particularmente en el 3 y en el 4, se adoptaron posturas radicales de rechazo a la decisión de la CIDH y otras intermedias, en las que se estimó plausible complementar la homologación adoptada con alguna medida tendente a evitar nuevos casos futuros de violación de los DD HH de los ciudadanos.

Se destacó el riesgo de que los Estados nacionales, ante tal precedente, puedan valerse de transacciones similares, tras la vulneración de DD HH fundamentales por parte de sus agentes.

En general, se estimó que, cuando menos, la Corte debió haber formulado una recomendación a las autoridades argentinas para que se modificara la legislación que restringe las posibilidades de impugnación, en casos de delitos contra el orden democrático (Ley 23077).

2) La jurisprudencia de la CIDH como fuente formal del derecho.

Si bien no se proporcionaron definiciones por parte de los grupos, se reconoció el carácter de fuente formal de derecho a la jurisprudencia de la CIDH, aludiendo al texto de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se sostuvo, en el seno del grupo 4, que el Derecho no es una matemática normativa, locución destacada por el ponente, al glosarse el fallo “Castillo Páez” de Perú.

3) Aplicabilidad de los principios generales (del derecho, entendido en su acepción de “creadores” del derecho) en la resolución de los casos sometidos al conocimiento de la CIDH.

Se acordó, en consonancia con lo anteriormente afirmado, en cuanto al aspecto creador –o, al menos, transformador de los jueces al interpretar la ley de cara al caso concreto y decidir acerca de su eventual aplicación.

También se estimó que, en materia de valoración de la prueba, un tribunal de DD HH como la CIDH puede asumir criterios propios de valoración, determinando la responsabilidad internacional de un Estado por violación de los derechos de las personas, disponiendo de una mayor amplitud en la valoración de los elementos de juicio reunidos y echando mano de principios generales, sin desentenderse de las reglas de la lógica y la experiencia.

El ponente retomó la palabra, recalcando que la interpretación judicial debe estar más cerca del diálogo operativo que del monólogo; y se obtuvo acuerdo respecto a que la interpretación flexible de las normas es el medio apto para obtener una judicatura independiente, democrática y progresista.

4ª. SESIÓN – 30/6/2005 – PONENTE: MARÍA DOLORES BALIBREA

1) Bien jurídico protegido. Concepto antropológico del medio ambiente. Delito de peligro concreto o abstracto. Desarrollo versus protección del medio ambiente.

Los grupos coincidieron en diferenciar el bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente de los tradicionales delitos contra la salud pública, señalando que los primeros abarcan en su marco tuitivo las condiciones de vida y desarrollo de los individuos actualmente vivientes y del medio en que transcurre su existencia, así como la preservación de este último de cara a las generaciones futuras.

Se aludió al desarrollo sustentable como cláusula de compromiso entre el avance tecnológico y la protección del medio ambiente.

Los grupos 1, 4 y 5 rechazaron la caracterización de los delitos ecológicos como delitos de peligro abstracto, por estimarlos contrarios al principio de lesividad. Los dos restantes la aceptaron, postura con la que se identificó la ponente, basando su admisión en la importancia del bien jurídico en juego.

2) Relación con la legislación administrativa. Norma penal en blanco.

Los grupos 4 y 5 cuestionaron la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, salvo en los casos en que remitan a otra ley en sentido formal., en tanto que los otros tres grupos aceptaron su regularidad sin efectuar distinciones.

La ponente reconoció los reparos de constitucionalidad que ellas suscitan pero señaló que ésta fue reconocida por el propio Tribunal Constitucional español y por el Tribunal europeo.

3) Relación con el derecho administrativo sancionador. Problemas del “ne bis in idem”.

Los cinco grupos admitieron la doble imposición, aunque con algunos perfiles distintivos. El grupo 1 lo hizo señalando la diferencia entre la agresión al medio ambiente y la mera infracción administrativa. El grupo 3 negó, en términos similares, que existiera identidad de fundamentos para la punición. El grupo 4 propició la solución intermedia, consistente en tomar en consideración la condena en sede administrativa y descontarla del monto punitivo calculable en sede penal. El grupo 5 hizo mención a la tendencia a desjudicializar los conflictos generados por las conductas riesgosas para el medio ambiente.

La ponente se mostró extrañada por la coincidencia de los grupos en este ítem, por estimar que, a su criterio, existiría un quebrantamiento de la regla del “ne bis in idem”, sin perjuicio de la irritante sensación de impunidad que podría producir una solución liberatoria en el ámbito jurídico-penal..

4) Problemas de responsabilidad penal y civil en los delitos contra el medio ambiente. Medidas cautelares.

Unánimemente, los grupos afirmaron la viabilidad de una acción civil paralela a la penal en los delitos de medio ambiente, así como en la procedibilidad, oportunidad y conveniencia de medidas cautelares en procesos incoados por tales ilícitos.

Al culminar la sesión, retomando la cuestión n° 3, la ponente insistió en apuntar como única excepción para la quiebra del “ne bis in idem” la representada por los individuos en relación especial de sujeción frente a la Administración. Se alzaron argumentos en contrario, aludiéndose a la también peculiar relación de sujeción frente a la autoridad administrativa respectiva por parte de quien emprende una actividad lucrativa de alto riesgo ecológico, incumpliendo las reglas impuestas y afectando o poniendo en riesgo, simultáneamente, al medio ambiente.

5ª. SESIÓN – 1º/7/2005 – PONENTE: IGNACIO ESPINOSA

Tras una detallada explicación de las razones que le condujeron a elegir el caso, y un adelanto del criterio del ponente, se dio lugar al trabajo en grupos.

1) ¿Los casos de discriminación por razón de sexo, han de interpretarse en sentido estricto o deben extenderse a cuestiones conexas?

Se coincidió en afirmar que el análisis relativo a una posible discriminación debe extenderse a las cuestiones conexas a la propia razón de sexo.

2) Es el embarazo causa justificada para despedir a una trabajadora?

Unánimemente se consideró que la preñez de la empleada no es causa justificada para su despido. Por el contrario, sólo causas graves y totalmente ajenas a la gravidez pueden justificar un despido en esas circunstancias.

3) En los casos de discriminación, ¿qué ocurre con la carga de la prueba?

Hubo acuerdo en sostener que, si la persona empleada alega que su despido responde a un acto discriminatorio, acompañando su argumento con una mera prueba indiciaria, ello basta para que se revierta el *onus probandi*, recayendo sobre el empleador.

4) ¿Son absolutos los derechos fundamentales o pueden relativizarse?

Los derechos humanos, aun los más esenciales, deben armonizarse entre sí. En miras a esa necesidad de armonización es que cuadra estimarlos posibles de relativización. Fue el criterio general asumido en el Curso.

5) ¿Los Tribunales ordinarios sólo deben examinar la legalidad ordinaria o pueden valorar también las posibles vulneraciones de la Constitución?

Criterio uniforme: no es que puedan sino que deben valorar tales posibles vulneraciones al texto constitucional. Antes de decidir la aplicación de la legislación relativa al caso *sub júdice*, los tribunales ordinarios deben examinarla al tenor de los preceptos constitucionales, conforme al principio de control difuso de constitucionalidad de las leyes.

6) ¿Carecen de fundamentación las sentencias de los Tribunales ordinarios?

También en este apartado la opinión fue concordante: no es que hayan carecido de fundamento sino que éste fue incompleto, al reducirse a examinar la adecuación al caso de la ley aplicable sin efectuar el correspondiente análisis de constitucionalidad, ni explorar circunstancias que podían dar lugar a una solución diferente a la adoptada.

7) ¿Cómo se satisface la tutela judicial efectiva?

Se coincidió en señalar que la revisión de todo el ordenamiento, en función de la decisión a adoptar sobre el fondo del asunto, constituye la única manera de satisfacer la tutela judicial efectiva. No basta la mera motivación en base a la legalidad. Un juez imparcial y objetivo, con esas condiciones, satisface tal tutela judicial.

8) ¿Basta con que los Tribunales ordinarios examinen la aparente legalidad del despido o deben examinar también las causas encubiertas?

Conforme lo expresado en las anteriores respuestas, deben examinarse las posibles causas encubiertas tras la aparente regularidad del despido. También aquí se registró unanimidad.

9) La inasistencia al trabajo por razón de enfermedad, ¿cómo debe acreditarse?

Por regla, debe acreditarse mediante certificado de la autoridad sanitaria oficial. No obstante ello, se sostuvo, basta con una simple certificación de profesional habilitado para invertir la carga de la prueba. El empleador demandado podrá, si lo desea, instar a la persona empleada a munirse del correspondiente certificado oficial.

6ª SESIÓN – 4/7/2005 – PONENTE: FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Al presentar el caso, el ponente advirtió que, debido a las numerosas cuestiones que cabe extraer para su análisis, prefería señalar los puntos esenciales sobre los que convendría recaer. Adelantó su criterio en punto a que en ambos procesos sustanciados –caso Loly Berenson, de Perú- se habían volado los DD HH y las garantías del debido proceso.

1) El proceso penal como búsqueda de la verdad. Verdad material y verdad formal. La prohibición de absolución en la instancia. La absolución por falta de prueba, ¿un fracaso del proceso?

Se respondió unánimemente que el proceso penal no tiene respuestas categóricas para todos los casos; en el mismo orden de ideas, se alertó que la cifra negra de la criminalidad no puede ser resuelta a todo trance, mediante el avance de los procedimientos bajo lemas de “tolerancia cero” o similares. Se coincidió en advertir que la verdad procesal no es absoluta, y que, si bien se procura marchar hacia la verdad real, existen limitaciones a su búsqueda, comenzando por las que atañen a la incolumidad de la persona y el derecho de defensa del imputado. Se hizo referencia, asimismo, a las limitaciones progresivas a la capacidad investigativa de los órganos judiciales, en virtud de la firme tendencia a un procedimiento netamente acusatorio.

También fue uniforme el criterio en punto a que el sobreseimiento o la absolución por falta de prueba no es un fracaso del proceso, sino, en todo caso, el triunfo del sistema de garantías que deben regirlo. de avance procesal. Se efectuaron comparaciones de los diversos órdenes jurídicos nacionales representados.

El ponente reafirmó esas posturas, ensayando una breve síntesis evolutiva desde los modelos inquisitoriales del pasado hasta la moderna tendencia al sistema acusatorio puro. También convergió al afirmar que, para absolver, no es preciso demostrar nada, que el juicio debe concluir en un plazo razonable, que es inadmisibles el doble juzgamiento y que, frente a lemas como el de “tolerancia cero” se alza el principio de intervención mínima.

El Director del Curso, Profesor Antonio Doñate, complementó esos dichos advirtiendo acerca de la necesidad de poner especial atención en la labor judicial de fundamentación de los hechos probados, antes de detenerse en la fundamentación

jurídica pertinente, destacando que es en la primera de tales tareas en la que se despliega la misión de garantes de los jueces.

2) La presunción de inocencia como derecho del acusado y como presupuesto del proceso. La carga de la prueba de los hechos que constituyen la imputación. ¿Cómo obtener la prueba?

Siempre partiendo de las disquisiciones provocadas por el caso analizado, y más allá de destacarse que cada país de los seis representados en el Curso enfrenta situaciones propias en el ámbito político y jurídico, se coincidió en sostener que la inocencia, más que una presunción, es un estado del que gozan los ciudadanos, el que sólo puede quedar desvirtuado mediante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Se afirmó unánimemente que es a los órganos acusadores a quienes incumbe la carga de la prueba, destacándose asimismo que, en términos generales, las legislaciones latinoamericanas colocan en cabeza de los fiscales la adquisición para el proceso, tanto de la prueba de cargo como la de descargo que pudiera resultar en la investigación emprendida. También se hizo alusión al deber de los jueces de evacuar las citas que pudiera oponer el imputado al ejercer su defensa material.

El ponente reafirmó la importancia de la división de roles entre el fiscal y el juez instructor. También hizo referencia a la admisibilidad del agente encubierto, legislado en España como una modalidad de investigación, distinguiéndolo convenientemente del agente provocador, ética y jurídicamente reprobable.

3) La confesión como prueba respecto del confesante y como forma de determinar la intervención de terceros. Medios ilegales: a) detención ilegal; b) prolongación ilegal de la detención; c) privación del derecho de defensa; d) tratos inhumanos o degradantes.

Tras el trabajo en grupos, hubo coincidencia en aseverar que la confesión no puede ser considerada la prueba por excelencia, sino que, por el contrario, se la debe evaluar y contrastar con otros elementos de prueba para que quepa asignarle algún valor cargoso, tanto en lo que se refiere a la acreditación de los hechos atribuidos al propio confesante cuanto a la hora de contabilizarla en miras a determinar la intervención de terceros. Sólo valdrá, se expresó, con lógica ratificación por el

ponente, en la medida en que sea prestada en presencia de un abogado, previa entrevista con éste y con real posibilidad de defensa.

El grupo brasileño destacó -con posterior asentimiento de otros grupos en punto a similar problemática vivenciada en otros países representados- que, en plena etapa democrática, se ha venido produciendo un endurecimiento de las respuestas legales al aumento del delito proclamado y sobredimensionado por los medios masivos de difusión, con cercenamiento de derechos tales como el de la libertad bajo proceso, al establecerse prisión preventiva automática respecto de ciertas especies delictivas, y avasallamiento de formas procesales elementales, que incluyen retrocesos tales como la asignación de valor probatorio, siquiera indiciario, a la confesión en sede policial, o la facultad judicial de producir prueba y mantenerla en secreto frente al imputado.

- Por falta de tiempo, debido a la cantidad de asuntos a tratar partiendo del caso planteado, no se abordaron por los grupos, en la sesión, las preguntas números 4, relativa a la obtención ilegal de otros medios probatorios, y la número 5, relativa a la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree*).
- El ponente, no obstante ello, sintetizó ambos ítems enfatizando, en postura que contó con la adhesión unánime de los grupos, acerca de la exclusión de toda prueba obtenida en violación de los DD y GG fundamentales de los ciudadanos, resaltando, por tanto, que fue defectuosa la conclusión a la que arribó el voto mayoritario, en el seno de la CIDH, respecto del caso “Loly Berenson”, al asignar méritos de los que carecía al juzgamiento ulterior al efectuado por la justicia militar, tanto en su propia producción, que, desde ya, merece reparo por el quebrantamiento de la regla del “ne bis in idem” cuanto por conceder valor probatorio a piezas tales como las declaraciones de los funcionarios policiales actuantes, relativas a sus respectivas conductas durante los cuestionados procedimientos que dieron base al encarcelamiento, procesamiento y condena de la agraviada.

El ponente inició su presentación del caso ensayando un cuadro de situación relativa a los flujos migratorios afluentes sobre el continente europeo desde distintos países de América Latina, África y Asia. Ironizó señalando que en la fortaleza del bienestar europeo se necesitan manos de obra, pero llegan seres humanos, con necesidades y demás circunstancias propias. Expresó asimismo que son los inmigrantes ilegales quienes cumplen las labores que los europeos –o, en su caso, los estadounidenses- no desean cumplir, identificadas en inglés como las de “las tres D” (*difficult, dirty and dangerous*: difíciles, sucias y peligrosas). Sin abandonar su ironía, lanzó una pregunta retórica frente al problema de la inmigración clandestina: ¿podrá solucionarse el tema invisibilizando al inmigrante indocumentado, negándole derechos de manera tal que lo deje a expensas de quienes explotan su situación en el terreno laboral, o será preferible asumir su carácter de individuos con plenos derechos en ese ámbito? Señaló también que el problema de los integrantes de esos colectivos se agrava en caso de quedar privados de su libertad, por restricciones relacionadas con su falta de arraigo en el lugar de detención.

1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales...?

La respuesta fue categórica y unívoca por parte de los cinco grupos: no es moral ni jurídicamente admisible el establecimiento de un trato desfavorable de cara a los trabajadores extranjeros indocumentados: se enfatizó que los DD HH están consagrados para todos los seres humanos, sin que la condición antes referida tenga relevancia alguna para variar esa premisa. Si ha existido una relación laboral efectiva, los derechos derivados de ella no pueden ser desconocidos al asalariado.

Se hizo referencia a casos concretos de discriminación relacionados con la problemática central abordada en esta sesión, incluyendo el tratamiento otorgado a algunos grupos nacionales en el ámbito de los respectivos consulados y frente a las autoridades migratorias.

2.1) Los artículos...(de las Declaraciones y Pactos Internacionales vinculados al tema)...¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia en el territorio de un

Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidas en dichas disposiciones...?

Se consignó unánimemente que no es posible deparar un trato desigual a los trabajadores extranjeros indocumentados.

Se añadió que existe en el imaginario social la concepción que ve en los inmigrantes un símbolo de la criminalidad y de la inseguridad ciudadana. Se brindaron testimonios acerca de los lamentables prejuicios racistas y discriminatorios en razón de la nacionalidad evidenciados al interior de los propios países latinoamericanos, e incluso entre personas provenientes de diversas regiones de un mismo país.

Se concluyó aseverando uniformemente la ilegalidad manifiesta de tales actitudes discriminatorias, a la luz de los instrumentos mencionados en el epígrafe, que en algunos países tiene jerarquía constitucional expresamente consagrada.

* La cuestión identificada como 2.2. (A la luz de las disposiciones citadas...¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento la condición indocumentada de un trabajador migratorio es compatible con los deberes de un Estado americano...?) quedó respondida en el debate sucedido al contestarse a la anterior, afirmando unánimemente la compatibilidad de una privación tal de derechos con los deberes asumidos por los Estados-parte al incorporar esas Declaraciones y Convenciones de DD HH.

3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales...a la consecución de objetivos de política migratoria...?

Se negó categóricamente la validez de una interpretación tal. Se reiteraron ejemplos de discriminación existentes en la realidad de los diferentes países, mas dejando en claro que se trata de fenómenos dignos de sanción, a tenor de los compromisos asumidos por los Estados firmantes de la Convención Americana sobre DD HH y los restantes instrumentos internacionales.

También se señaló la paradójica actitud de ciertos gobernantes de la región, que se jactan de que una de las principales fuentes de ingreso de sus países es la configurada por las remesas que envían los nacionales que han emigrado para trabajar en el extranjero; paralelamente, se destacó la actitud ambivalente de tales hombres

públicos que, de una parte, ven con buenos ojos la entrada de divisas representada por tales remesas y, de otra, se ven presionados para frenar el flujo migratorio por los países afectados por el masivo fenómeno.

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía formativa...?

Se evidenció, al responderse a esta cuestión, la compleja red de actitudes discriminatorias existente entre países y entre regiones, en la praxis social, contrastando con la claridad de las normas interamericanas que consagran la igualdad y la no discriminación desde su articulado. Se señalaron las diferencias, ya advertidas en sesiones anteriores, respecto de la diferente jerarquía otorgada por los diversos ordenamientos jurídicos aquí representados, que abarcan desde la asimilación a los preceptos constitucionales hasta su consideración en el plano de las normas generales.

Se mencionaron leyes nacionales alusivas al tema específico de la discriminación, tales como la n° 23.592 de Argentina, que contiene agravantes genéricas para los delitos motivados en tal actitud, y la contradictoria existencia de otras normas, de política migratoria, como la n° 25871 de ese país, que declara como impedimento para la permanencia en el país el mero intento de ingreso al mismo por lugares no habilitados. También se señalaron leyes específicas, dirigidas a reprimir el tráfico de personas, como sucede en El Salvador, que penaliza al transportista de migrantes.

Se resaltó, una vez más, la misión crucial de los jueces en el control difuso de constitucionalidad de las leyes.

5) Teniendo en cuenta la doctrina sentada por la Corte en su opinión consultiva, ¿considera admisible la doctrina emanada del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso “Hoffman Plastic Compounds”...?

Se concluyó, por unanimidad, la lisa y llana contrariedad de tal doctrina con la que fluye de la opinión consultiva de marras, en la medida en que desconoce la realidad conformada por una relación laboral existente en un tiempo y un espacio concretos.

Los diferentes relatores de los grupos continuaron desgranando referencias al abismo tendido entre Constituciones que consagran la igualdad y Tratados que condenan la discriminación, y una normativa escasa y/o contradictoria a nivel de la legislación ordinaria.

Se enfatizó respecto de la obligación de los Estados americanos de proteger a todos los habitantes y sus derechos fundamentales, incluyendo, obviamente, a los extranjeros indocumentados. Así, el derecho a la vida, a la salud e integridad psicofísica, a la protección de la familia, deben ser garantizados en su incolumidad, integrando el *ius cogens*, como parte de un Derecho Internacional de plena operatividad.

- Las restantes cuestiones, pese a no quedar formalmente contestadas por agotamiento del lapso estipulado para la sesión, quedaron parcialmente aludidas al responderse las cinco anteriores.

El ponente remató su presentación apuntando a la complejidad propia del tema abordado. Dejó sentado que lo innegable es la realidad de una relación laboral dada y los derechos que de ella discurren, más allá de la aparente paradoja de que se trata de derechos basados en una situación irregular y que su titular no está habilitado a continuar con tal relación por su propia irregularidad.

Alertó también sobre las trampas conceptuales que se tienden alrededor del problema migratorio, apuntando contra los –así considerados- traficantes ilegales de inmigrantes, cuando el fenómeno responde a causas derivadas de un desequilibrio de las economías de tal magnitud que no se soluciona con intentar refrenar a quienes se limitan a lucrar intermediando en su concreción.

También subrayó, para caracterizar más aun la complejidad del asunto tratado, los problemas a futuro representados por el decaimiento de los fondos previsionales en países que se rigen por el sistema de solidaridad intergeneracional, a raíz de las remesas que los inmigrantes ilegales efectúan a sus países de origen, al no poseer el arraigo suficiente y la regularidad que le permitiría integrarse eficazmente al sistema.

8ª SESIÓN – 6/7/05 – PONENTE: JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN

El ponente puso de relieve dos cuestiones fundamentales. Por un lado, la delimitación de los ámbitos de competencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional españoles, en un enfrentamiento que obtuvo difusión en los medios masivos y cabe sintetizar en una pregunta: ¿Dónde termina la legalidad ordinaria y empieza la cuestión de constitucionalidad? Obviamente, se trata de una cuestión

tangible desde la sanción de la Constitución de 1978. Por otro, un asunto con visos sociológicos o criminológicos: al parecer, el instituto de la prescripción sólo funciona para los delitos “de cuello blanco”: grandes estafadores, grandes defraudadores de subvenciones, los lavadores de dinero, los funcionarios públicos corruptos, son quienes mayores posibilidades poseen de verse beneficiados con el instituto de la prescripción. Ante ello, propuso la posibilidad de dirimir la prescripción tomando en consideración la naturaleza del delito, calculando los plazos en función del bien jurídico protegido.

Luego dejó abierto el debate acerca del cómputo de la prescripción y sus causas interruptivas y explicó que no veía a este instituto como una cuestión constitucional.

Ensayó, asimismo, una distinción entre la prescripción de la acción de persecución de los delitos y la caducidad del *ius puniendi* del Estado y se preguntó por el efecto de las dilaciones indebidas.

Se decidió, por primera vez, organizar los grupos por país representado en el Curso. Asimismo, se indicó que sólo se añadieran los detalles no previstos en los informes precedentes, para evitar iteraciones innecesarias.

1) Es la prescripción una institución de derecho procesal o de derecho sustantivo?

Argentina: La prescripción implica una autolimitación por parte del Estado, del *ius perseguendi*, cuando se trata de prescripción de la acción, y del *ius puniendi*, cuando se trata de prescripción de la pena. Desde esta perspectiva, que incluye cuestiones de política criminal por parte del Estado, y de seguridad jurídica de cara a los ciudadanos, es una institución de Derecho Procesal, entendiéndolo por añadidura a tal Derecho como Derecho Constitucional reformulado.

Pero, además, la prescripción es una condición negativa de operatividad de la coerción penal. Como tal, se la regula en el Código Penal, y desde el punto de vista doctrinal hace parte de la Teoría de la Pena, razón por la cual cabe considerarla un instituto de orden público que integra el derecho sustantivo. Delito es conducta, típica, antijurídica y culpable, y para resultar –además– punible deben reunirse ciertas condiciones de operatividad de la coerción penal positivas y no darse algunas negativas, entre las que milita, precisamente, la prescripción.

Los restantes países coincidieron – en términos generales– con esa caracterización, expresando además:

Bolivia: La prescripción es una cuestión de Derecho Penal sustantivo, y como tal, está tratada en el Código Penal.

Brasil: Se trata de un instituto propio del Derecho Penal sustancial, si bien posee consecuencias procesales. Por lo tanto, atañe a los dos ámbitos.

Ecuador y El Salvador coincidieron con tal caracterización.

Perú: La propia Constitución la reconoce como un derecho sustancial. Esa jerarquización del instituto tiene diversas consecuencias, entre otras, la de la posibilidad de renunciar a él y someterse voluntariamente a proceso, para obtener una decisión sobre el fondo del asunto.

2) ¿Se pueden establecer diferencias en los plazos según la naturaleza del delito y no según la pena impuesta?

Argentina: Sin desconocer los casos excepcionales de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, como regla, la solución más garantista, y más democrática, por su carácter igualitario, consiste en que los plazos se adecuen a las escalas penales previstas.

Las justificadas preocupaciones respecto de la indudable selectividad de los sistemas penales no deben conducir a soslayar la virtud de aquel carácter. El remedio a la falta de efectividad del sistema penal respecto de manifestaciones delictivas de mayor complejidad, genéricamente lesivas de bienes jurídicos plurisubjetivos y perpetradas desde el poder político o económico, debe procurarse –en el aspecto normativo- a través de una correcta adecuación de las escalas penales, conforme a la entidad de los bienes jurídicos vulnerados y a la magnitud de los injustos resultantes, y –en el aspecto fáctico- mediante la implementación de una más eficiente y rápida intervención de las agencias del control social formal, específicamente, de una policía judicial capacitada y de un ministerio público y unos órganos judiciales diligentes.

Otros resortes que coadyuvan a disminuir la irritante selectividad serán tratados al responder a la cuestión n° 4.

Bolivia: En el ordenamiento jurídico boliviano el lapso de prescripción toma como base las escalas penales en abstracto. El grupo encuentra propicio, empero, que se tome en cuenta la naturaleza del delito para determinar tales plazos.

Brasil: También posee la determinación de plazos conforme a las escalas penales, y concuerda con la posición argentina en cuanto a las consideraciones formuladas respecto del mantenimiento de dicho sistema.

Ecuador: Coincide con la postura de Argentina.

El Salvador: Al igual que Bolivia, propicia que se determinen los plazos de prescripción atendiendo a la naturaleza de los delitos.

Perú: También en el caso peruano, la regla es la de los máximos de las escalas penales en abstracto. Sólo se atiende excepcionalmente a la naturaleza de los delitos, tal como sucede en el caso de los funcionarios públicos.

3) Análisis del cómputo inicial de la prescripción.

Argentina: La prescripción de la acción comienza a correr, en todos los casos, a partir de la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuera continuo, del día en que cesó de cometerse (art. 63 CP). La de la pena, desde la medianoche del día en que se notifique al reo la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ella hubiera empezado a cumplirse (art. 66 idem).

Bolivia: Posee el mismo sistema legal, pero se aclara que, alterando ese sistema general, existieron prescripciones genéricas para causas de cierta antigüedad.

Brasil: El grupo esbozó un sistema similar, apuntando a diferencias específicas para el caso de funcionarios públicos u otros en los que se prorroga el lapso prescriptivo.

Ecuador: En el sistema ecuatoriano, se establecen diferencias entre delitos graves y menos graves

Perú: El grupo expresa que su sistema es análogo al del argentino.

El ponente apunta que en España se introdujo una excepción a los plazos genéricos para los casos en que las víctimas fueren menores de edad, corriendo los mismos desde el momento que tales damnificados alcanzaren la mayoría de edad o fallecieren.

4) Interrupción de la prescripción.

Argentina: Hasta Enero de 2005 las causales genéricas de interrupción de la prescripción se ceñían a la comisión de un nuevo delito o a la “secuela del juicio”. Las disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del alcance de dicha frase

condujeron a la reforma, mediante L. 25990, que erige como causas interruptivas, fuera de la comisión de otro delito, al primer llamado a indagatoria, requerimiento de apertura o elevación a juicio, auto de citación a juicio y dictado de sentencia condenatoria. Se ha criticado esa solución legal por no contemplar la declaración de rebeldía o contumacia del imputado, pues no se contempla el juzgamiento en ausencia, dando lugar a situaciones de impunidad. Existen propuestas legislativas tendentes a enmendar esa omisión. Además, se incluyen causales específicas de interrupción tendentes a evitar la elusión de persecución penal de los poderosos, suspendiéndose la prescripción en caso de delitos cometidos por funcionarios públicos, mientras uno de los implicados se mantenga en funciones, así como en caso de delitos cometidos por usurpadores del poder político democrático, hasta el restablecimiento del orden constitucional.

Bolivia: Se encuentra establecido un plazo de tres años para la sustanciación de los procesos.

Pasado el mismo, el Estado pierde el derecho a perseguir penalmente.

Se trata de una caducidad de pleno derecho.

Brasil: Como lo adelantara el grupo al responder a la cuestión n° 3, además de las clásicas causales genéricas de interrupción, existen otras para categorías específicas, como la que representan los funcionarios públicos.

El Salvador: En el caso de los funcionarios públicos, está prevista una suspensión de diez años a partir del cese en las funciones.

También existe una causal por incapacidad sobreviniente.

Perú: Como en el caso de Bolivia, se encuentra estipulado un plazo de tres años para la prescripción de la acción penal.

- Por haberse agotado el tiempo, no se dio lectura a las respuestas producidas frente a las tres cuestiones pendientes (consideración de la prescripción como cuestión constitucional sometida al recurso de amparo, posible distinción entre prescripción de la acción y caducidad del *ius puniendi* y efecto de las dilaciones indebidas).
- El ponente finalizó propiciando la causal interruptiva de la prescripción en la mera decisión jurisdiccional de incoar diligencias previas.

- El Director del Curso, Profesor Antonio Doñate, propuso reunir toda la información legal recabada por los diversos grupos para su publicación en un boletín informativo.

SESIÓN 9ª - 7/7/05 – PONENTE: JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO

El ponente propuso, en concordancia con el Director del Curso, la reunión en grupos por países y la concreción de respuestas a las distintas cuestiones, evitando repeticiones innecesarias sobre puntos que ya quedarán expuestos por las delegaciones que precedieran en el uso de la palabra.

Argentina: El sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes imperante en el ordenamiento jurídico argentino y sostenido pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, faculta y obliga a cualquier Juez, de cara al caso concreto, a examinar la adecuación de la legislación ordinaria a los preceptos de la Constitución Nacional de 1853, reformada en 1994, y al bloque de constitucionalidad conformado por los tratados de expresa jerarquía constitucional incluidos en el art. 75 inciso 22 de dicha Norma Suprema.

La eventual declaración de inconstitucionalidad o –en su caso- de inaplicabilidad de ley, tiene efecto en el caso concreto. No obstante ello, la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley por parte de la Corte Suprema de Justicia –último órgano de tal control en el orden nacional, por no existir una Corte Constitucional- debe ser tomada en consideración por los tribunales de otras instancias al decidir casos análogos, con una importante aclaración, cimentada por la jurisprudencia de la propia Corte: tales jueces no están obligados a acatar la decisión de la Corte Suprema, sino que –en su caso- deben expresar nuevos argumentos para fundar su decisión contraria a la de dicho Tribunal.

La declaración de inconstitucionalidad puede tener lugar *de oficio*, por parte de cualquier Juez. Por lo pronto, esa potestad-deber fue ejercitada en reiteradas ocasiones por los dos miembros de esta delegación, en su carácter de jueces de cámara de los Tribunales Orales en lo Criminal (con referencia al Dto. Ley 6582/58 y a la L. 24825).

Las leyes argentinas 23492 (de punto final) y 23521 (de obediencia debida), dictadas por un gobierno constitucional en 1987, son inconstitucionales, por cuanto violan preceptos de superior jerarquía normativa en pleno vigor desde 1984 y 1986, respectivamente: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. Ambos obligaban al Estado argentino a investigar seriamente y sancionar las violaciones a los DD HH cometidos por personas, grupos y/o agentes del Estado actuantes con apoyo, autorización o aquiescencia de los gobiernos dictatoriales que se adueñaron del poder a partir del 24 de marzo de 1976 y hasta el 10 de diciembre de 1983.

Las dos leyes en cuestión, derogadas por L. 24952 y luego anuladas por L. 25779, no sólo resultan inconstitucionales por erigirse en contra de tales disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, sino que también lo son por imperativo de la propia Constitución Nacional de 1853, que, en su art. 29, prohíbe la concesión de facultades extraordinarias o de la suma del poder público, así como sumisiones o supremacías a gobernante alguno que pudieran dejar a su merced la vida, el honor o la fortuna de los ciudadanos. Según el propio texto, actos de esa naturaleza conllevan nulidad insanable y sujetan a quienes los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Ambas leyes, conocidas como “leyes de impunidad”, tendieron a impedir el ejercicio de la acción penal, y, de hecho, así fueron aplicadas en diversos casos, configurando la del “punto final” una suerte de causal extraordinaria de prescripción, y la de obediencia debida, una eximente de responsabilidad penal *ad hoc*.

De tal suerte, a través de tales normas, el Estado incumplía el deber de garantizar a los ciudadanos el resguardo de sus derechos y el acceso a una tutela judicial efectiva.

Todo lo dicho no importa negar la posibilidad de que, en algunas coyunturas históricas, por razones de pacificación, puedan dictarse leyes de amnistía. Pero, como la propia CIDH lo ha expresado, “esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los DD HH, que significan un grave menoscabo de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad”, ejemplificando con “la tortura, las ejecuciones sumarias extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”.

Por último, no puede derivar de dichas “leyes de impunidad” óbice formativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyeron el objeto de la causa que hemos analizado, por lo que los virtuales beneficiarios de tales normas no pueden invocar la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada, puesto que, como la misma CIDH ha sostenido, tales principios no configuran argumento plausible para incumplir los deberes asumidos por los Estados-parte, en materia de persecución de violaciones graves a los DD HH.

Bolivia: En el Estado boliviano existen mecanismos para demandar la inconstitucionalidad de las normas. En diversas ocasiones ha tenido lugar tal declaración.

Existe un recurso de inconstitucionalidad que puede plantearse ante la propia Corte Constitucional.

Paralelamente, el control difuso de constitucionalidad de las leyes permite a todos los jueces examinar tal calidad del material legislativo aplicable a los casos concretos.

Los Tratados interamericanos e internacionales se hallan parangonados con la Constitución Nacional.

Brasil: El legislador debe subordinarse al Derecho superior vigente, incluyendo bajo tal denominación los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento.

Si actúa en contra de tal normativa superior, la ley estará vigente, pero carecerá de legitimación.

Se ha declarado la inconstitucionalidad automática de toda norma anterior a la sanción de la Constitución Nacional contraria a su articulado. Textualmente, se utiliza la expresión: “dicha ley no ha sido recibida por la Constitución”.

Rige el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, así como el concentrado por el Supremo Tribunal Federal. La Constitución es ley suprema y fundamento de validez de toda la legislación ordinaria dictada en su consecuencia.

Hasta poco tiempo atrás, los jueces gozaban de la mayor amplitud hermenéutica en este campo. No tenían la obligación de subordinarse a las “súmulas vinculantes” del Supremo Tribunal Federal. Actualmente, deben hacerlo, pero hasta el momento, el propio Tribunal no ha hecho uso de esa potestad.

Los instrumentos internacionales incorporados conforman el ordenamiento jurídico cual si fueron parte de la Constitución Nacional.

En el año 1979 hubo de sancionarse una ley de amnistía para los delitos cometidos durante el período de dictadura militar padecido por el Brasil a partir de 1964. Dicha ley no fue cuestionada, como sí sucedió con las leyes argentinas aquí analizadas. De todos modos, el Estado dispuso indemnizaciones para las víctimas de tales violaciones a los DD HH, reconociendo su existencia.

Ecuador: Concuerdan, en términos generales, con el informe de Argentina.

Se pone de relieve que, estadísticamente, cabe comprobar que el control, difuso de constitucionalidad de las leyes se ha practicado en sentido creciente, desde arriba hacia abajo, en la pirámide judicial. Así, no existen pronunciamientos en ese sentido por parte de los jueces de la Corte Suprema de Justicia. En contraste, sí ha existido aquel control por parte de las Cortes Superiores, y más aun en el caso de los Juzgados de instancia.

Muchos operadores del sistema de administración de justicia, sea por falta de voluntad política, o de conocimientos, o por mero temor a las posibles consecuencias para su estabilidad en el puesto, optan por no concretar el control difuso de constitucionalidad de las leyes.

En caso de inaplicabilidad de la ley, el caso debe subir, obligatoriamente, al Tribunal Constitucional, y éste es el encargado de decidir definitivamente sobre el punto.

Como reflexión, se añadió que los jueces pueden estar a favor o en contra de lo que marca convencionalmente el sistema, y que –obviamente– es más cómodo e individualmente favorable optar por lo primero, pero frente a esa actitud facilista, corresponde alzarse como jueces combativos, como soldados de los DD HH.

El Salvador: Se hizo hincapié en el hecho de que todos los integrantes del grupo nacional se han sentido sumamente involucrados en el caso analizado, por cuanto crecieron, estudiaron y comenzaron su vida laboral en medio de un conflicto armado que tuvo su momento más crítico en la década de los 80 del pasado siglo, con una secuela de desapariciones forzadas y asesinatos, crímenes de lesa humanidad de muy difícil resolución con los medios con que contaron.

Los jueces de El Salvador tienen la facultad de inaplicar la ley contraria a la Constitución. También en el caso salvadoreño, esa Ley Fundamental señala que las

infracciones a los mandatos constitucionales serán penados y no serán pasibles de amnistía.

Pese a esa previsión, lamentablemente se han registrado seis leyes de amnistía. Respecto de la última de ellas, la Corte Suprema se pronunció en un sentido iuspositivista estricto, proclamando que la ley no es inconstitucional y que los jueces están obligados a acatarla.

Paralelamente, la Fiscalía de la República detenta el monopolio de la acción; pero, debido a su alto nivel de politización, no dispone las medidas de investigación pertinentes, por lo que ciertos casos no son indagados como se debiera.

Por tales motivos, se cifran las expectativas en la operatividad de la legislación internacional de DD HH y en su obligatoriedad formalmente declarada, para que los jueces la conviertan en derecho positivo concretamente operativo, sin que deba seguir recurriéndose ante los organismos internacionales para lograr la respuesta jurídica adecuada para la defensa de los derechos fundamentales.

Se coincidió en que hay que poner en juego decisivamente el control difuso de constitucionalidad de las leyes.

También se recordó que los acuerdos de paz firmados se concretaron con el compromiso de esclarecer los crímenes perpetrados durante el período del conflicto armado, pero ese objetivo se vio obstaculizado por la pasividad de los órganos judiciales en cuanto a la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos. En ocasiones, se echó mano del argumento de que no debían reabrirse las heridas del pasado, a modo de excusa para no avanzar en las investigaciones.

Finalizó este relato nacional realizándose la importancia de este tipo de encuentros para profundizar los conocimientos jurídicos e iushumanistas, en orden a futuras acciones jurisdiccionales.

Perú: Se señaló que existen claros casos de vulneración de los DD HH fundamentales que han sido archivados por prescripción, cuando tal procedimiento contraría, por cuanto se ha expuesto en este Curso, los preceptos de los instrumentos internacionales incorporados por Perú a su ordenamiento. Se ejemplificó con el caso de las masacres en las cárceles en la época del presidente Alan García. También se hizo referencia a los hallazgos producidos por las investigaciones materializadas por la Comisión de Búsqueda de la Verdad y la Reconciliación, los que no fueron atendidos

suficientemente para el logro del esclarecimiento de los ilícitos llevados a cabo y la sanción de los responsables.

Por fin, se precisó que en el ordenamiento jurídico peruano no se otorga jerarquía constitucional a los Tratados internacionales, sin perjuicio de lo cual, la 4ª Disposición Complementaria y Transitoria de la Constitución señala que la legislación debe ser interpretada a la luz de dichos Tratados, lo que proporciona una importante vía interpretativa a los jueces nacionales.

El ponente, por último, destacó la ventaja que conlleva el reconocimiento, en los propios textos constitucionales de algunos países latinoamericanos, de los tratados interamericanos e internacionales, por cuanto, a partir de ello, tales instrumentos son parte del Derecho interno, sin necesidad de un desarrollo orgánico ulterior.

De todas maneras, destacó, los básicos derechos a la vida y a la libertad, están garantizados por todos los textos constitucionales de la región y reforzados por aquella formativa, que debe considerarse de invocación directa en la decisión jurisdiccional.

Rememoró que en 1990, en Bogotá, Colombia, se planteó este mismo problema, con una conclusión “rupturista” en el sentido de que, si ha de considerarse a la Constitución como algo más que una simple hoja de papel (aludiendo seguramente a la frase de Lassalle), también debe asumirse e invocarse a los tratados como derecho interno.

Relevó la importancia del fallo de la Corte Suprema argentina, declarando inconstitucional la amnistía encubierta representada por las leyes de impunidad, y trazó un paralelo con la sentencia del Tribunal Federal alemán de 14 de febrero de 1968, en la que se señalaba que, cuando una norma vulnera lisa y llanamente los DD HH es inválida.

Cuando alguien usurpa el poder –enfaticó- lo que haga es nulo y de ningún efecto, tal como lo prescribe el art. 29 de la Constitución argentina.

Con cita de Hobbes, Locke y de Sigmund Freud, rescató la nota común del principio del placer enfrentado al de necesidad, concluyendo que, si las enormes mayorías postergadas de nuestras sociedades no encuentran en la forzada represión a su principio de placer, siquiera la satisfacción elemental a sus necesidades, la reacción será impredecible. Exhortó, finalmente, parafraseando a Ronald Dworkin, a que todos los jueces tomen los derechos en serio y actúen en consecuencia.