

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

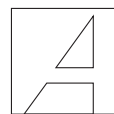
Grupo Latinoamericano de Estudios
sobre Derecho Penal Internacional

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
-Oficina Regional Montevideo-

© 2010 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, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598) 2902 0943/ -3974

Fax: (#598) 2908 6781

e-mail: ius.montevideo@kas.de

www.kas.de

Editora responsable

Gisela Elsner

Asistentes de redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Paginado, impreso y encuadernado en **Mastergraf srl**

Gral. Pagola 1823 - Tel. 2203 4760

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal 354.062 - Comisión del Papel

Edición amparada al Dec. 218/96

ISBN 978-9974-8099-6-3

Esta publicación se distribuye exclusivamente sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la 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	11
GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL	15
PRESENTACIÓN	19
GLOSARIO DE SIGLAS	21

TEMAS GENERALES

ACTIVISMO JUDICIAL, PUNITIVIZACIÓN Y NACIONALIZACIÓN. TENDENCIAS ANTIDEMOCRÁTICAS Y ANTI-LIBERALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS <i>por Ezequiel Malarino</i>	25
LA OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE DISTINTOS PAÍSES DE AMÉRICA DEL SUR <i>por César Alfonso</i>	63
EL INCUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS <i>por Lisandro Pellegrini</i>	81
LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. LOS CASOS DE GUATEMALA, COSTA RICA Y EL SALVADOR <i>por Jaime Martínez Ventura</i>	103

TEMAS ESPECÍFICOS

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA

por Alejandro Aponte Cardona..... 125

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

por José Luis Guzmán Dalbora..... 171

EL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

por Juan Luis Modolell González..... 193

LA INAPLICABILIDAD DE NORMAS DE PRESCRIPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

por Pablo F. Parenti..... 211

LA MÚLTIPLE FACETA DE LA TORTURA Y LOS “OTROS TRATOS” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

por Elizabeth Santalla Vargas..... 229

EL CONCEPTO DE IMPUNIDAD: LEYES DE AMNISTÍA Y OTRAS FORMAS ESTUDIADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

por Javier Dondé Matute 263

LA GARANTÍA DEL TRIBUNAL IMPARCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

por Dino Carlos Caro Coria..... 295

PROVAS ILÍCITAS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*por Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Alexandre Coelho Zilli
e Fabíola Girão Montecónrado Ghidalevich* 313

**LÍMITES Y ALCANCES DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD
DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**
por Ramiro J. García Falconi..... 341

**EL DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**
por Salvador Herencia Carrasco..... 359

**LA INFLUENCIA EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE ACCESO, PARTICIPACIÓN
Y REPARACIÓN DE VÍCTIMAS**
por Héctor Olásolo y Pablo Galain..... 379

**EL DERECHO A UN JUICIO JUSTO COMO ELEMENTO NORMATIVO
DEL CRIMEN DE GUERRA DE SU PRIVACIÓN Y SU DEFINICIÓN
A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS**
por Alicia Gil Gil..... 427

**EL USO “TRANSNACIONAL” DE PRUEBA OBTENIDA
POR MEDIO DE TORTURA**
por Kai Ambos 449

RESUMEN DE LAS JORNADAS

**EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**
por Salvador Herencia Carrasco..... 491

AUTORES 515

Esta publicación es la séptima de una larga serie de obras sobre el derecho penal internacional editadas conjuntamente por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica / Oficina Regional Montevideo de la Fundación Konrad Adenauer, el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen, y es fruto de la cooperación entre las instituciones mencionadas iniciada en el año 2002.

El trabajo conjunto, que organizamos año a año y se plasma en nuestros encuentros anuales y seminarios abiertos, se refleja en cada una de las publicaciones que editamos. El Grupo de Estudios, por sí mismo y a través de sus integrantes, oficia a su vez como multiplicador de los conocimientos y competencias sobre derecho penal internacional. Sus publicaciones se aguardan con expectativa y se distribuyen a cientos de instituciones académicas y expertos en el continente europeo y latinoamericano. Sin duda la continuidad del trabajo del Grupo y la excelencia académica de sus miembros han contribuido a su éxito.

En esta ocasión, la publicación versa sobre la primera parte de la investigación del Grupo sobre la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional. Como todos los años, el tema fue discutido previamente en el seminario internacional *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional*, que se llevó a cabo en Buenos Aires en marzo de 2009. El año que viene publicaremos la segunda parte de la investigación.

Los trabajos que integran la obra se concentran así, entre otros temas, en el análisis de la situación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contexto regional, es decir, el grado de acatamiento de sus decisiones por los estados miembros, su posición jerárquica en relación con las cortes y los tribunales nacionales, la recepción de la jurisprudencia interamericana por órganos legislativos y judiciales, el examen de jurisprudencia relevante de la Corte en relación con la protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho penal internacional y, por supuesto, la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

En este sentido, no puede dudarse de la influencia recíproca entre el derecho internacional y la protección internacional de los derechos humanos. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a lo que podría traducirse como *cruzamiento de jurisprudencia* (*jurisprudential cross-fertilization*) entre ambos tribunales. Cabe también mencionar que, según el artículo 21 del Estatuto de Roma, las convenciones internacionales y regionales de derechos humanos pueden ser fuente de las decisiones de la Corte Penal Internacional. Asimismo, la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos puede tener una importancia significativa para la más reciente Corte Penal Internacional, al contribuir a la interpretación no solo de delitos, sino también de derechos procesales.

Con esta publicación pretendemos contribuir a la reflexión y discusión académica sobre este tema, con una mirada desde el derecho internacional y el derecho comparado.

Como novedad, cabe destacar que este año incorporamos resúmenes a los artículos, en español o portugués, e inglés, a efectos de facilitar su comprensión por lectores no hispanohablantes. Esto repercutirá en el mayor alcance y difusión de la obra, y está en sintonía con el proceso que inició la Fundación Konrad Adenauer en el año 2009, en pos de la mejora de la calidad, visibilidad y conocimiento de sus publicaciones. Este proceso coincide, además, con la invitación a los integrantes del Grupo para participar en un seminario internacional sobre derecho penal internacional, organizado por la sede de la Fundación Konrad Adenauer en Bruselas, en el que tendrán oportunidad de estar en contacto e intercambiar ideas con jueces africanos y europeos.

Por último, y como todos los años, quisiera agradecer muy especialmente a los integrantes del grupo y a sus coordinadores académicos, los profesores doctores Kai Ambos y Ezequiel Malarino, por su valioso y destacado aporte, que además realizan en forma honoraria. Estamos seguros de que esta publicación será muy bien recibida en el ámbito académico e interesará a los operadores del derecho, tanto jueces como abogados

y fiscales, que día a día se ven enfrentados a casos en los que se conjuga la protección de los derechos humanos con el derecho penal internacional.

GISELA ELSNER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo
Fundación Konrad Adenauer
Montevideo, octubre de 2010

Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para América del Sur 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) se creó un Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Este grupo, que trabaja conjuntamente desde enero de 2002, cuenta actualmente con miembros de doce países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y otros estudiosos de Alemania, España e Italia.

Su objetivo principal es estudiar y analizar, desde una perspectiva de derecho comparado, el proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma, con especial atención en el ámbito latinoamericano, junto con otros temas de actualidad del derecho penal internacional.

Los miembros se mantienen regularmente en contacto e informan al Grupo cada cuatrimestre 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 seis investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

- *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003. Existe una versión reducida en portugués:

- Persecução Penal na America Latina e Espahna.* Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), San Pablo, IBCCRIM, 2004.
- *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
 - *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), 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 (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2007; reimpresso en Bogotá: Temis, 2008 (con edición de Ambos y Malarino).
 - *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer 2008; reimpresso en Bogotá: Temis, 2008 (con edición de Ambos y Malarino).
 - *Justicia de transición en América Latina.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009; reimpresso en Bogotá: Temis, 2010 (con edición de Ambos y Malarino).

En la reunión de Buenos Aires, desarrollada entre el 23 y 26 de marzo de 2009, el Grupo discutió los trabajos que constituyen su séptima obra, aquí presentada, sobre *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*.

La composición del Grupo de Estudios es actualmente la siguiente:

Coordinadores académicos:

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

Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina)

Coordinadora institucional:

Gisela Elsner (Fundación Konrad Adenauer)

Miembros:

Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia)
Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú)
Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Ramiro García (Ecuador)
Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán (Chile)
Salvador Herencia (Perú)
César Alfonso Laranguera (Paraguay)
Jaime Martínez Ventura (El Salvador)
Prof. Dr. Juan Luis Modollet (Venezuela)
Fabiola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil)
Prof. Dr. Javier Dondé (México)
Pablo Parenti (Argentina)
Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina)
Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil)
Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia)
Prof. Dr. Marcos Zilli (Brasil)

Referentes internacionales:

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España)
Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia)
Prof. Dr. Hector Olásolo (España/Holanda)
Dra. María Laura Böhm (Alemania).

En esta obra presentamos los resultados de la primera parte de la investigación del Grupo latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, referida a la relación entre la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional. La segunda parte será publicada en un volumen independiente el año próximo.

El libro se compone de dieciséis trabajos, algunos de los cuales tratan cuestiones generales del sistema interamericano (Malarino, Alfonso, Pellegrini, Martínez) y otros se ocupan de problemas específicos del derecho procesal penal y del derecho penal internacional con base en la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericanas (Aponte, Guzmán, Modolell, Parenti, Santalla, Dondé Matute, Caro Coria, Moura, Zilli y Ghidalevich, García, Herencia, Olásolo y Galain). También se incluye un trabajo sobre el crimen de guerra de privación de un juicio justo con base en la jurisprudencia sobre el derecho a un juicio justo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gil Gil) y otro sobre el uso transnacional de prueba obtenida bajo tortura (Ambos).

Los 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*, organizado por el Programa Estado de Derecho para América del Sur 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 Universidad de Belgrano (Argentina), en la ciudad de Buenos Aires, los días 23, 24 y 25 de marzo de 2009. Al final del libro se incluye un resumen del desarrollo de dicho seminario (Herencia), publicado anteriormente en

la *Zeitschrift für International Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2010, pp. 327 ss., y la *Revista Penal* 26 (julio 2010), pp. 257 ss., «www.zis-online.com».

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 Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la ciudad de Buenos Aires, 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 directora, la Sra. Gisela Elsner, y a Manfredo Steffen por su eficiencia en las cuestiones organizativas. En segundo lugar, a las autoridades de la Universidad de Belgrano por su colaboración en la organización y financiación del seminario de discusión. En tercer lugar, a Daniel R. Pastor (Argentina) y Nils Meyer Abich (Alemania) por su activa participación en la discusión de los trabajos durante el seminario realizado en Buenos Aires. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), Carlos Caro Coria (Perú), Marcos Coelho Zilli (Brasil), Javier Dondé (México), Pablo Galain Palermo (Uruguay), Ramiro García (Ecuador), Alicia Gil Gil (España), Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Salvador Herencia (Perú), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Juan Luis Modolell (Venezuela), Héctor Olásolo (España/Holanda), Pablo Parenti (Argentina), Lisandro Pellegrini (Argentina), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil) y Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia).

KAI AMBOS y EZEQUIEL MALARINO
Göttingen y Buenos Aires, octubre de 2010

Glosario de siglas

BGH	Bundesgerichtshof (Corte Federal de Justicia alemana)
BverfG	Bunderverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional alemán)
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDH	Comité de Derechos Humanos
CEDH	Convención Europea / Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIPSEVM	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
Com EDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
Com IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CT-ONU	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
DADDH	Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre
DIDH	derecho internacional de los derechos humanos
DIH	derecho internacional humanitario
EC	Elementos de los Crímenes
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional / Estatuto de Roma
MRTA	Movimiento Revolucionario Túpac Amaru
MST	Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra

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

OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana
PACADHDESC	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PACE	Police and Criminal Evidence Act
PCADHAPM	Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SEDH	sistema europeo de derechos humanos
SIDH	sistema interamericano de derechos humanos
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana)
TEDH	Tribunal Europeo / Corte Europea de Derechos Humanos
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Temas generales

ACTIVISMO JUDICIAL, PUNITIVIZACIÓN Y NACIONALIZACIÓN. TENDENCIAS ANTIDEMOCRÁTICAS Y ANTLIBERALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ezequiel Malarino

RESUMEN. El trabajo examina críticamente ciertas tendencias actuales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Para el autor, los rasgos salientes de esta jurisprudencia pueden condensarse en las siguientes voces: activismo judicial, punitivización y nacionalización. Con *activismo judicial* el autor se refiere a la modificación judicial del derecho interamericano, esto es, a todos los casos en que la Corte introduce una nueva norma en el sistema interamericano, no pactada por los estados, o altera o suprime una norma pactada. Con *punitivización* hace referencia al reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos de la víctima que no están escritos en la Convención Americana y que neutralizan derechos fundamentales de la persona sometida a proceso penal consagrados explícitamente en ella. Con *nacionalización* alude a la intromisión de la Corte Interamericana, por medio de las sentencias de reparaciones, en funciones de las autoridades judiciales, legislativas y ejecutivas nacionales fuertemente expresivas de la soberanía estatal. El autor discute estas tres tendencias y alerta sobre su contenido antidemocrático y antiliberal.

ABSTRACT. This study is a critical examination of certain current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The author considers that the salient features of this jurisprudence can be summed up as judicial activism, punitivism and nationalisation. By *judicial activism* he refers to the judicial modification of Inter-American law, that is, all of those cases in which the Court introduces a new rule which was not agreed upon by the states, or alters or eliminates a rule included in the pacts of the Inter-American system. By *punitivism* the author refers to the judicial declaration of new rights of victims which are not set forth in the American Convention and which neutralise the fundamental rights of the accused which are explicitly enshrined in the Convention. By *nationalisation* he refers to the Court's interference, through its rulings on compensations, in some functions of the

national judicial, legislative and executive authorities which are highly expressive of national sovereignty. The author discusses these three trends and warns about their antidemocratic and anti-liberal content.

1. “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the Supreme Court says it is.*” La célebre frase pertenece a Charles Evans Hughes,¹ antiguo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y da cuenta de un modo bien preciso de concebir la función del juez en la identificación del derecho. Esta frase sugiere que los jueces, especialmente aquellos de los tribunales supremos en razón de estar investidos de la autoridad final para decir qué es el derecho, no están sujetos a las reglas y, en ese sentido, expresa el modo de concebir la función judicial de una vertiente del realismo jurídico norteamericano. Este tipo de escepticismo ante las reglas niega a la formulación cualquier contenido significativo, porque el derecho sería en última instancia aquello afirmado irrevocablemente en la sentencia.² La conocida afirmación del obispo Hoadley describe a la perfección este punto de vista: “Quienquiera que tenga el poder absoluto para interpretar las normas, escritas u orales, es él el verdadero legislador para todos los fines y propósitos y no la persona que primero las escribió o formuló”.³

En un trabajo publicado pocos años atrás, el juez Sergio García Ramírez, una de las figuras más prominentes y emblemáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizó la famosa frase de Hughes para describir el rol de los jueces del

¹ Charles Evans Hughes: *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York (1906-1908)*, Nueva York: Putnam's Sons, 1908, p. 139 (“Speech before the Chamber of Commerce”).

² Sobre las diferentes formas de escepticismo ante las reglas, cf. Herbert Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió, pp. 169 ss.

³ Citada, entre otros, en Hart: o. cit., pp 175 s; Scott Gordon: *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to today*, Harvard University Press, 2002, p. 350, nota 32 (“Whosoever hath [sic] an absolute power to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first spoke or wrote them”).

tribunal interamericano.⁴ Según García Ramírez, la Convención Americana de Derechos Humanos no sería otra cosa que lo que la Corte Interamericana dice que es. Esta manera de concebir la función judicial y el derecho está muy presente en la jurisprudencia del tribunal interamericano, aunque no siempre los jueces lo confiesen abiertamente. Es difícil encontrar en una sentencia una confesión tan clara como la de García Ramírez recién citada. Con todo, y como más adelante mostraré, en algunos casos la Corte Interamericana sí parece reconocer su rol creativo y, lo que es más importante, un análisis de sus decisiones muestra que ella con frecuencia decide sin un claro apoyo en la Convención y que esto ocurre en muchas más ocasiones de las que ella misma reconoce. En todo caso, siempre conviene distinguir entre lo que los jueces dicen que hacen y lo que hacen realmente.⁵

Reconocida o no, esa visión sobre el derecho hizo que la Corte Interamericana, con los años y principalmente en los últimos diez,⁶ fuera convirtiendo a la Convención Americana⁷ en un texto muy distinto a aquel que aprobaron los Estados que participaron en la Conferencia de San José. “[A] fuerza de sentencias”,⁸ la Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes,⁹

⁴ Sergio García Ramírez: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, p. 5.

⁵ La divergencia entre lo que dicen los jueces y lo que hacen es resaltada por varios autores; cf. tan solo Eugenio Bulygin: *El positivismo jurídico*, México: Fontamara, 2006, pp. 115 s; Robert Justin Lipkin: “We are all judicial activists now”, en *University of Cincinnati Law Review*, n.º 77, 2008, p. 197.

⁶ Este período coincide en líneas generales con las presidencias de los jueces Antônio Cançado Trindade (1999-2004) y Sergio García Ramírez (2004-2007).

⁷ En adelante, en ocasiones voy a utilizar el término *Convención Americana* para referirme a todo el derecho interamericano cuyo control está a cargo de la Corte Interamericana.

⁸ García Ramírez: o. cit., p. 13.

⁹ Por ejemplo, la regla que prohíbe amnistiar graves violaciones de los derechos humanos (caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41-44) o bien crímenes internacionales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 105-129 y 151); la regla que prohíbe la prescripción de violaciones de los derechos humanos (caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 116-117), de graves violaciones de los derechos humanos (entre otros, caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41); de muy graves violaciones de los derechos humanos (caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2007, § 111) o de crímenes internacionales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151-153); la regla que restringe la aplicación del *ne bis in idem* en caso de descubrir nuevas pruebas luego de la sentencia definitiva (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 154); la regla que limita la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en ciertos casos (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151 y caso *La*

extendió su competencia sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado en cuestión,¹⁰ extendió la eficacia jurídica de sus decisiones contenciosas más allá del caso concreto¹¹ o bien respecto a estados que no habían intervenido en el proceso internacional,¹² intensificó el valor de su jurisprudencia¹³ y amplió desmesuradamente aquello que puede ordenar a los estados como reparación de una violación de la Convención Americana.¹⁴ A través de toda esta jurisprudencia, la Corte Interamericana extendió en gran medida, por un lado, su *poder de control* (ampliación de la base jurídica y temporal —y con ello fáctica— sobre la cual

Cantuta contra Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 226); la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso (caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 149); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a la verdad (entre muchos otros, casos *Velásquez Rodríguez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, § 181, y *Godínez Cruz contra Guatemala*, sentencia de fondo, 20 de enero de 1989, § 191); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a que el derecho a la verdad sea logrado a través de procesos judiciales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 150); la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular (opinión consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999, sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, § 137); la regla de que las víctimas y sus familiares deben tener amplias facultades para actuar en el proceso interno (entre otros, caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de supervisión de cumplimiento de sentencia, 8 de agosto de 2008, § 14; caso *Escué Zapata contra Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, § 166).

¹⁰ Cf. caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 42-50. En este caso, la Corte sostuvo que era competente para conocer sobre la responsabilidad internacional del Estado chileno por la omisión de perseguir penalmente a los autores de un homicidio ocurrido en 1973 fundada en la aplicación de una ley de amnistía de 1978, a pesar de que ese Estado ratificó la Convención Americana en 1990. La Corte consideró que tenía competencia para conocer si la omisión de anulación de la ley de amnistía y la falta de persecución de los autores a partir de 1990 violaba la Convención. Con este artilugio, la Corte pudo decidir sobre un hecho y una ley anteriores a la ratificación de la Convención por dicho país. Esta interpretación amplísima de las reglas de la competencia temporal permitiría a la Corte decidir casos ocurridos hace cientos de años invocando tan solo que la omisión de reparación perdura hasta nuestros días. Una interpretación de este tipo, en verdad, anula la prohibición de aplicación retroactiva de la Convención.

¹¹ Cf. caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia interpretativa, 3 de septiembre de 2001, punto 2 de la parte resolutive y § 18, y caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, punto 6 de la parte resolutive.

¹² Cf. caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, punto 5 de la parte resolutive. En este caso, la Corte ordenó a todos los estados partes en la Convención juzgar en su territorio o extraditar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos allí constatadas. Similar, aunque no tan categórico, en el caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 227.

¹³ Cf. la resolución de la Corte Interamericana de 24 de junio de 2005 sobre *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, donde la Corte señala que su jurisprudencia “debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas” (§ 13), o bien la doctrina del control de convencionalidad, según la cual los Estados deben analizar la compatibilidad de su ordenamiento interno con la Convención Americana teniendo en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana (cf., entre otros, caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 124).

¹⁴ Cf. notas 53, 56, 57 y 73.

puede pronunciarse) y, por el otro, su *poder de imposición* (ampliación de lo que puede ordenar como reparación y de los casos en que puede hacerlo). Estos cambios, y principalmente el último, alteraron en tal medida su fisonomía como tribunal judicial que hoy es posible constatar una suerte de metamorfosis de la Corte Interamericana.

Puedo condensar los rasgos salientes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los últimos años con las siguientes voces: *activismo judicial*, *punitivización* y *nacionalización*. Con la primera me quiero referir a la cuestión de la modificación judicial del derecho con el fin de actualizarlo a las necesidades sociales del momento de la aplicación (necesidades, por supuesto, constatadas por los mismos jueces). Con la segunda, esencialmente, al reconocimiento de nuevos derechos de la víctima (y de nuevas reglas derivadas de estos derechos) que no están escritos en la Convención Americana y que terminan por neutralizar derechos fundamentales de la persona sometida a proceso, estos sí consagrados explícitamente en ella. Con la tercera, a la intromisión de la Corte Interamericana, por medio de las sentencias de reparaciones, en funciones de las autoridades judiciales, legislativas y ejecutivas nacionales fuertemente expresivas de la soberanía estatal. En este trabajo voy a discutir estas tres tendencias de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y alertar sobre su contenido antidemocrático y antiliberal.

Activismo judicial

2. El primer y más importante rasgo que observo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es su marcado activismo judicial. Por *activismo judicial*¹⁵ entiendo la modificación judicial del derecho con el fin de actualizarlo a las necesidades sociales del momento de la aplicación. Con ello me voy a referir, concretamente, a todos los casos en que la Corte introduce en el sistema interamericano una nueva norma no pactada por los estados o altera o suprime una norma pactada. Es indiferente para el punto aquí tratado que la Corte aplique un tratado internacional, la costumbre internacional, una regla ampliamente aceptada en los estados americanos o una norma inventada judicialmente, pues en todos estos casos la Corte decide sin seguir las reglas del derecho interamericano. El sistema interamericano, a diferencia de otros sistemas jurídicos, no abre sus sistemas de las fuentes a todo el derecho internacional.

¹⁵ Sobre los diferentes conceptos con que se usa el término *activismo judicial* remito a Lipkin: o. cit., pp. 182 ss. y la nota 8.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana proporciona numerosos ejemplos de activismo judicial: la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales), la regla que prohíbe la prescripción de ciertos delitos (violaciones, graves violaciones, muy graves violaciones de los derechos humanos o bien crímenes internacionales), la regla que excluye la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el *ne bis in idem* en caso de nuevas pruebas, la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular, la regla que establece que la Corte puede decidir más allá del caso concreto, la regla que establece que la Corte puede ordenar medidas a estados que no participaron en el proceso internacional, etc. Algunas fueron efectivamente usadas para decidir casos y otras afirmadas en *obiter dicta*.

Con esto, desde luego, no estoy diciendo que la Corte normalmente decida sin seguir las reglas de la Convención Americana (personalmente creo que la mayoría de las veces sí se sujeta a estos textos, aunque en una cantidad significativa de casos no lo ha hecho). Pero en este trabajo no me propongo verificar *empíricamente* si la Corte normalmente decide sin seguir las reglas de la Convención Americana o si (como creo) normalmente decide siguiéndolas, sino únicamente discutir si ella *normativamente* puede decidir casos (que sean pocos o muchos no importa) con base en reglas que no se derivan de la Convención Americana.

a) Antes de analizar el problema del activismo judicial conviene mostrar en qué medida la Corte reconoce que es activista. Al comienzo de este trabajo anticipé que la Corte Interamericana no siempre reconoce que decide los casos (al menos algunos de ellos) sin seguir las reglas de la Convención y que su decisión, en gran medida, es producto de discreción. Este desarrollo va a servir, por otra parte, para mostrar con más detalle algunos ejemplos de activismo judicial.

- i) En algunas ocasiones, la Corte sostiene que la norma identificada en el caso concreto se deriva de una interpretación *textual* de la Convención, aunque el texto que cita en apoyo no pueda ofrecer ningún respaldo a la conclusión defendida. Un ejemplo elocuente se encuentra en la decisión más famosa de la Corte Interamericana, la sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001 en el caso *Barrios Altos contra Perú*. Como es conocido, allí la Corte

Interamericana derivó una prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención. La Corte dijo, incluso, que una ley de amnistía es manifiestamente incompatible con la “letra” de esas disposiciones.¹⁶ Pero ninguna de estas disposiciones es capaz de contener semánticamente una regla con tal contenido. Seguramente, la Corte Interamericana tuvo que camuflar esa nueva norma dentro de las disposiciones de la Convención, porque ella solamente está facultada para controlar violaciones de la Convención. En efecto, según el artículo 63 de la Convención Americana, la Corte solo está autorizada a declarar la responsabilidad internacional de un Estado si constata, previamente, la lesión de una disposición de la Convención por parte de ese Estado. En el caso *Barrios Altos*, en verdad, la solución de anular las leyes de amnistía había sido propuesta por el Estado peruano y aceptada por la Comisión Interamericana en la audiencia de solución amistosa, y la Corte Interamericana se había limitado a homologar la solución consentida por las partes y encontrarle una base normativa en la Convención. Posteriormente, la Corte Interamericana reiteró la regla *Barrios Altos* (“está prohibido amnistiar graves violaciones de los derechos humanos”) en numerosas oportunidades y la aplicó en casos en que el Estado no había reconocido su responsabilidad.¹⁷ La regla *Barrios Altos* es un claro ejemplo de una norma creada judicialmente, pese a que la Corte Interamericana diga que ella fluye de la letra de la Convención. En otra ocasión he dicho, para graficar el asunto, que derivar de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana una prohibición de amnistiar es tan persuasivo como derivar del derecho a la propiedad el derecho a no declarar contra sí mismo.¹⁸

- ii) A veces, la Corte intenta encubrir la creación judicial de derecho “derivando” reglas jurídicas concretas de conceptos absolutamente abstractos, como

¹⁶ Caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 43. Un ejemplo idéntico en relación con la garantía del *ne bis in ídem* se encuentra en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 154. Para este ejemplo véase infra, punto 3.i.

¹⁷ Así en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 105-114.

¹⁸ 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”, punto X, en revista electrónica *El Dial*, 14 de septiembre de 2009.

la “idea de justicia objetiva”, las “leyes de humanidad”, el “clamor universal”, o la “conciencia jurídica universal”.¹⁹ Este tipo de justificación es recurrente en los votos del juez Cançado Trindade y el caso *Barrios Altos* nos ofrece un ejemplo. Cançado Trindade sostuvo allí que las leyes de amnistía lesionaban la “conciencia jurídica de la humanidad” y por ello carecían de efectos jurídicos. Es probable que el recurso a este tipo de justificaciones iusnaturalistas esté preordenado a evitar la crítica de que la solución propiciada (en el caso, una regla que prohíbe el dictado de leyes de amnistía) no puede sustentarse en el texto de la Convención Americana. Más adelante argumentaré en contra de que la Corte Interamericana pueda fundar una decisión con base en reglas que no pertenecen a uno de los instrumentos interamericanos sobre los cuales tiene poder de control, aunque ellas pudieran existir en el derecho internacional contractual o general.²⁰ Aquí me basta decir que la absoluta abstracción de estos conceptos permite al intérprete hacerles decir lo que él quiere que digan. Por ello, quien apoya reglas jurídicas en tal tipo de meta-conceptos no “encuentra” el derecho, sino que lo crea; y quien así hace, solo viste el decisionismo judicial con un disfraz iusnaturalista.

- iii) Otras veces, la Corte se muestra más cercana a reconocer una actividad creativa, como cuando se refiere a la Convención Americana como un “instrumento viviente” que debe interpretarse de manera “evolutiva”, “progresiva” o “dinámica”. Un análisis de los casos en los cuales la Corte recurre al método de la “interpretación progresiva” muestra que ella emplea este concepto en dos sentidos diversos. A veces, con “interpretación progresiva” se alude a una *interpretación del texto* que tiene en cuenta el significado objetivo del término en el momento de su aplicación; otras, a un método de “actualización del pacto jurídico” que autoriza al juez a *renovar el texto* según las necesidades sociales del momento. En la discusión sobre interpretación del derecho el concepto de *interpretación progresiva* es utilizado en los dos sentidos recién mencionados, pero estos sentidos designan evidentemente procesos de identificación del derecho bien diversos. La diferencia entre una interpretación progresiva del primer tipo (que aquí designaré *auténtica*) y una del

¹⁹ Caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 15 y 24-26.

²⁰ Sobre la inexistencia de una costumbre internacional sobre la prohibición de leyes de amnistía a la época de los hechos del caso *Barrios Altos*, cf. Malarino: o. cit., punto X y nota 17.

segundo (que llamaré *tergiversada*) reside en que en la primera el texto sigue sirviendo de fundamento y a la vez de límite de la actividad del juez (con la consecuencia de que el resultado puede ser aún atribuido al texto y, por eso mismo, podemos hablar de *interpretación*), mientras que en la segunda de lo que se trata es de modificar el texto o de incorporar una nueva norma jurídica para tener en cuenta nuevas realidades o necesidades del tiempo de la aplicación (y aquí el resultado ya no puede ser atribuido al texto y, por eso, no podemos seguir hablando estrictamente de *interpretación*). La Corte Interamericana emplea el concepto de *interpretación progresiva* en ambos sentidos, aunque no parece ser consciente de la distinción. Por ejemplo, habla de “interpretación progresiva” tanto cuando sostiene que el término “bienes” del artículo 21 de la Convención Americana incluye no solo los bienes de las personas individuales sino también los bienes de propiedad comunal de las comunidades indígenas con base en el entendimiento actual del concepto de propiedad (interpretación progresiva auténtica),²¹ como cuando establece que el derecho del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular,²² que no se encuentra reconocido en ningún texto jurídico cuyo control esté asignado a la Corte Interamericana, forma parte de un genérico y nebuloso concepto de debido proceso —las reglas de la Convención Americana que protegen el debido proceso ciertamente no lo incluyen; las “debidas garantías” de las que habla esa disposición son aquellas expresadas en la Convención²³— (interpretación progresiva tergiversada). El ejemplo muestra claramente que en el primer caso la solución todavía puede apoyarse en el texto de la Convención, pero en el segundo no (en este último caso es irrelevante que la Corte no haya “inventado” esa nueva regla sino aplicado el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pues ella no tiene competencia para controlar ese tratado y, por consiguiente, al utilizar esa disposición no decide con base en

²¹ Caso *Comunidad Mayanga (Sumo) Awás Tingni contra Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001, § 148.

²² Así, opinión consultiva OC 16/99, sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de septiembre de 1999, § 110 ss.

²³ Es evidente que la alusión a “garantías mínimas” en el artículo 8.2 de la Convención Americana no autoriza a la Corte Interamericana a crear nuevas garantías. La Convención Americana establece los estándares internacionales mínimos de protección de derechos humanos que los estados se comprometieron a garantizar en sus ordenamientos jurídicos internos. El artículo 8.2 solo reitera esta idea general.

una regla del sistema interamericano; de hecho, introduce una nueva norma en el sistema). Este segundo tipo de “interpretación” progresiva sostiene, en verdad, un “no interpretativismo extremo” del estilo de aquellas corrientes de la teoría constitucional que conciben al texto jurídico como algo viviente y, por ello, cambiante a través de los años por medio de la actividad judicial. El término acuñado en la teoría constitucional norteamericana de *living Constitution* describe claramente esta posición. La Corte Interamericana, parafraseando ese lema del constitucionalismo norteamericano, se refirió muchas veces a la Convención Americana y, en general, a los tratados de derechos humanos como “instrumentos vivos”, aunque, al mismo tiempo siempre insistió en que solo *interpretaba* el derecho interamericano: “instrumentos vivos, cuya *interpretación* tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,²⁴ o bien “instrumentos vivos, que requieren una *interpretación* evolutiva [...] para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano”.²⁵ El concepto de *living Convention* puede ser adecuado para referirse a los casos en que la Corte *actualiza* el derecho a las necesidades de protección de los derechos humanos del momento de aplicación, pero llamar a ese proceso intelectual también “interpretación” causa confusión. Creo que los dos sentidos en los que se usa el término *interpretación progresiva* deberían ser claramente distinguidos y esta distinción debe comenzar por nombrarlos de manera diferente. Habría que reservar el concepto de interpretación progresiva únicamente para los casos en que aún se puede seguir hablando de interpretación de un texto. Si, en cambio, lo que se quiere significar es que el tribunal puede *actualizar* o *modificar* el derecho a fin de tener en cuenta las nuevas exigencias de la época, entonces el concepto es inapropiado. Llamar *interpretación de un tex-*

²⁴ Opinión consultiva OC 16/99, sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de septiembre de 1999, § 114 y 155 (la cita textual está en el § 114; la bastardilla fue agregada). En sentido similar, cf. el voto concurrente del juez Cançado Trindade en la opinión consultiva recién citada, § 9-15; opinión consultiva OC 10/89, sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 14 de julio de 1989, § 37-38; caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala* (conocido como *Niños de la calle*), sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999, § 193 y 194; caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia de fondo, 18 de agosto de 2000, § 99, 102 y 103; caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez Cançado Trindade, § 34 a 38; caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, sentencia de fondo y reparaciones, 31 de agosto de 2001, § 148 y 149.

²⁵ Caso *Cinco pensionistas contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 16 (bastardilla agregada).

to a una operación intelectual que no tiene en cuenta el texto, o que cita un texto que de ningún modo puede soportar semánticamente la conclusión, es un fraude de etiquetas.

- iv) Hay otros casos en que la Corte parece reconocer más abiertamente su rol creativo. Por ejemplo, el juez Sergio García Ramírez reconoce en el caso *La Cantuta* que la doctrina sentada en *Barrios Altos* fue “en su hora, un importante signo innovador y [...] hoy configura una garantía cada vez más conocida, admitida y aplicada dentro del sistema tutelar de los derechos humanos”.²⁶ En ese mismo caso también señala que la “jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones”.²⁷ En la opinión consultiva 17/02, el juez Cançado Trindade, por su parte, dijo: “[Esa opinión] da un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana”.²⁸
- v) Resumidamente: *no siempre* la Corte desconoce el pacto (a veces se sujeta a la Convención) y *no siempre* la Corte no es sincera o clara (a veces reconoce que no se sujeta a la Convención). O lo que es lo mismo: *no siempre* la Corte se sujeta al pacto (a veces no respeta la Convención) y *no siempre* la Corte es sincera o clara (a veces oculta o no reconoce que no se sujeta a la Convención).

b) En todo caso, como adelanté, lo que me interesa discutir en este punto es el problema de si la Corte está autorizada a fundar una decisión o a solucionar un caso con base en una regla que no está prevista y que no puede derivarse de un texto del sistema interamericano sobre el cual ella tiene poder de control, independientemente de que ella reconozca esta situación. Si el problema que voy a tratar en este apartado tuviera que decidirse ante un tribunal judicial, seguramente el expediente llevaría este nombre: *Estados americanos contra Corte Interamericana*. Los estados americanos se quejarían ante el supuesto tribunal de que la Corte no respeta la Convención, que decide sin seguir

²⁶ Caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, voto concurrente del juez García Ramírez, § 2.

²⁷ *Ibidem*, § 24.

²⁸ Cf. opinión consultiva OC 17/02, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 65. En esta opinión consultiva la Corte Interamericana consideró obligatorias, a través de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, una serie de reglas consagradas en textos del derecho internacional, básicamente en la Convención sobre los derechos del niño.

sus reglas y que invoca nuevas reglas para decidir los casos. La Corte Interamericana replicaría que no discute lo que dicen los estados, pero lo que sucede es que su función no solo consiste en interpretar y aplicar la Convención, sino también en actualizarla y modificarla a fin de tener en cuenta las nuevas realidades o necesidades del momento de la aplicación.

Creo que hay varios argumentos que se oponen a que la Corte Interamericana, por vía jurisprudencial, introduzca en el sistema interamericano nuevas reglas no pactadas por los estados o altere o deje sin efecto normas pactadas por ellos.

- i) El primer argumento en contra de que la Corte Interamericana pueda modificar el derecho interamericano surge de las reglas de la Convención Americana que establecen la competencia de ese tribunal. El artículo 33 dispone que la Corte Interamericana es competente “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en *esta* Convención”.²⁹ El artículo 62.3 confirma esta regla: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de *esta* Convención [...]”.³⁰ Algunos tratados internacionales posteriores extendieron la competencia de la Corte Interamericana a la interpretación y aplicación de otros derechos y normas previstos en ellos.³¹ Estas disposiciones establecen la competencia de la Corte, pero también los límites de esa competencia. La Corte Interamericana está autorizada a controlar únicamente el derecho que esas normas potestativas de atribución de competencia expresamente le confieren poder de control. La Corte debe asegurarse de que los pactos sean cumplidos (*pacta sunt servanda*), pero no está autorizada a crear nuevos pactos, a modificar o suprimir los existentes ni a controlar el respeto de derechos establecidos en otros instrumentos internacionales sobre los cuales no tiene poder de control, ni puede recabar normas jurídicas de la costumbre internacional o de una supuesta “conciencia jurídica universal” o “idea de justicia objetiva”. La Corte Interamericana es el guardián último de la Convención Americana y de los otros tratados que expresamente confían a

²⁹ Bastardilla agregada.

³⁰ Bastardilla agregada.

³¹ Cf. el artículo 19.6 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”), el artículo XIII de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas y el artículo 8, último § de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

ese órgano su control, pero ella sobrepasa su competencia material si quiere autoerigirse en un guardián del “*corpus juris* internacional”.³² Dichas normas de atribución de competencia establecen el límite infranqueable de su actividad legítima. En nuestra controversia hipotética los estados americanos podrían alegar a su favor un primer argumento decisivo: “La Corte no respeta las normas que establecen su competencia dentro del sistema”.

- ii) El segundo argumento en contra de que la Corte Interamericana pueda modificar el derecho interamericano es que las disposiciones sobre la reforma de la Convención Americana no atribuyen esa competencia a los jueces. Como se ve, un argumento complementario del anterior. El sistema interamericano concede esa atribución exclusivamente a los estados. La *actualización* jurisprudencial de la Convención Americana lesiona, por ello, los artículos 76 y 77 de ese tratado, que establecen, por un lado, que la competencia para enmendar la Convención o para aprobar protocolos adicionales corresponde exclusivamente a los estados y, por el otro, que esas enmiendas o protocolos solo vincularán a los estados que los ratifiquen. El artículo 31 de la Convención Americana admite que puedan ser incluidos nuevos derechos y libertades al régimen de protección del sistema interamericano siempre y cuando “sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77”. La única facultad que tiene la Corte Interamericana en este proceso es la de presentar una “propuesta de enmienda” (artículo 76.1). Solo una norma del sistema interamericano podría autorizar a la Corte Interamericana a crear nuevos derechos humanos o introducir nuevas normas jurídicas en el sistema, pero esa norma no existe y su creación presupone, precisamente, que se cumpla el procedimiento previsto en los artículos 76 y 77 de la Convención. El cumplimiento de las reglas sobre modificación o creación de normas es lo que otorga fuerza positiva como derecho internacional a las nuevas disposiciones del derecho interamericano. En nuestro juicio hipotético, los estados americanos podrían sumar a su favor este segundo argumento: “La Corte no respeta las normas que establecen la competencia para crear o modificar normas del sistema”.

³² Caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala (Niños de la calle)*, sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999, § 194 (bastardilla en el original). Similar, opinión consultiva OC 16/99, sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de septiembre de 1999, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 34.

- iii) El tercer argumento en contra de que la Corte Interamericana pueda modificar el derecho interamericano está estrechamente emparentado con los anteriores. El sistema regional americano atribuye la competencia para crear, suprimir o modificar normas jurídicas a los estados americanos, y limita la competencia de la Corte Interamericana a la interpretación y aplicación de esas normas, porque la Corte tiene su origen y fundamento en la voluntad de los estados americanos de limitar su soberanía conforme a ciertos principios y normas *consensuados* entre ellos. La Convención Americana y los otros instrumentos del sistema expresan el consenso de los estados americanos sobre cómo proteger los derechos humanos y con qué alcance están, *en principio*,³³ dispuestos a comprometerse en esa tarea y autolimitar, en consecuencia, su soberanía. Dado que el derecho interamericano es el resultado de un proceso de negociación política en el cual los estados expusieron y confrontaron sus diferentes puntos de vista sobre la necesidad de establecer normas autovinculantes supranacionales para proteger los derechos humanos, toda modificación requiere de una nueva negociación y un nuevo consenso, y las reglas previstas en la Convención para introducir, suprimir o modificar normas del sistema prescriben el procedimiento específico para la formación de un consenso válido. Los estados americanos podrían agregar este argumento a su favor: “La Corte no comprende un aspecto esencial del sistema interamericano, a saber: que el derecho interamericano expresa nuestro consenso acerca del nivel en que estamos dispuestos, en principio, a limitar nuestra soberanía y, por ello, que toda modificación requiere de un nuevo consenso expreso de nuestra parte”.
- iv) El cuarto argumento en contra del activismo judicial de la Corte Interamericana es de algún modo una continuación del anterior. Este argumento se dirige específicamente en contra de que la Corte quiera hacer valer una nueva norma creada judicialmente contra un estado parte. Si la aprobación de la Convención Americana y otros instrumentos del sistema expresa el consenso de los estados americanos sobre cómo proteger los derechos humanos y con qué alcance, *en principio*, están dispuestos a comprometerse en esa tarea y autolimitar, en consecuencia, su soberanía (*consenso americano*), la ratificación de la Convención Americana y de los demás instrumentos y la

³³ Digo *en principio* porque para que un tratado sea vinculante para un Estado es necesaria su ratificación; sobre esto, véase el punto siguiente (2.b.iv).

aceptación de la competencia de los órganos de control hacen efectivos esos compromisos para cada estado e indican la voluntad *efectiva* de ese estado de limitar su soberanía (*consenso nacional*).³⁴ El *consenso americano*, expresado por medio de las formas específicas previstas en la Convención Americana, es necesario, como vimos, para crear el derecho interamericano. El *consenso nacional* es requerido, en cambio, para hacer vinculante ese derecho para cada estado. De ello se desprende lo siguiente: la Convención Americana y otros textos del derecho interamericano señalan el *nivel mínimo* de protección de los derechos humanos que se le exige a cada estado americano que ingresa al sistema, pero, al mismo tiempo, esos textos señalan también el *nivel máximo* con que el sistema interamericano puede exigirle a ese estado la protección de los derechos humanos en su territorio. Desde el punto de vista del estado, esta idea puede expresarse del siguiente modo: un estado que ingresa al sistema interamericano se obliga únicamente a respetar los derechos humanos según los estándares establecidos en el derecho interamericano (obviamente, cada estado es libre de mejorar esa protección en su derecho interno o de sujetarse a otro sistema de protección de derechos humanos que pudiera establecer, en algún punto, un estándar más elevado; por ejemplo, el sistema universal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la Corte Interamericana puede constatar una responsabilidad internacional de ese estado sólo por la lesión de la Convención Americana y otros textos interamericanos bajo su control. La Corte no puede, en cambio, condenar internacionalmente a un estado con base en una norma jurídica creada judicialmente, por más razonable que pueda ser esa norma, ni puede controlar el cumplimiento de obligaciones internacionales emergentes de tratados internacionales sobre los cuales no tiene poder de control, ni tampoco puede condenar a un estado por violar la costumbre internacional. El sistema interamericano no es un sistema general y universal de derecho internacional

³⁴ Un Estado que ratifica la Convención se compromete, básicamente, a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (artículo 1) y a “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (artículo 2). Un Estado que acepta la competencia de la Corte Interamericana se compromete a reconocer como obligatoria la competencia de la Corte (artículo 62) y a cumplir la decisión de ese tribunal en todo caso en que sea parte (artículo 68). La limitación de la soberanía que supone la ratificación de un tratado es legitimada democráticamente cuando esa ratificación requiere de la conformidad previa del parlamento nacional, como sucede en muchos estados.

y por ello no conoce una disposición como la del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que faculta a ese tribunal a decidir un caso con base en (todo) el derecho internacional (escrito o no escrito). Un mismo acto de un estado puede lesionar el derecho internacional y, no obstante, no lesionar el derecho interamericano. En tal caso, dicho estado podrá eventualmente ser demandado ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o bien ante la Corte Internacional de Justicia, y alguno de estos órganos podrá establecer su responsabilidad internacional. El argumento que aquí estoy desarrollando puede verse claramente si representamos al sistema interamericano como si fuera un juego. El estado que entra a jugar el juego interamericano debe respetar las reglas del juego previstas en su reglamento de juego (la Convención y otros tratados americanos) y la lesión de esas reglas puede ser sancionada por la autoridad establecida por ese reglamento para el control de ese juego (la Corte Interamericana), pero, al mismo tiempo, al aceptar jugar el juego interamericano (con la ratificación y aceptación de la competencia de la Corte) ese estado únicamente se compromete a respetar las reglas del juego interamericano y no otras reglas. Seguramente nos escandalizaríamos si en un partido de baloncesto el árbitro anula un tanto con base en la regla del fuera de juego (*off-side*) prevista en el reglamento del fútbol o computa un tanto cuando el balón solamente toca el tablero, con base en una regla inventada por él durante el partido. También consideraríamos irrazonable si un juez argentino declarara la nulidad de un matrimonio con base en las reglas sobre el matrimonio del derecho afgano y seguramente exigiríamos algún tipo de responsabilidad para ese magistrado. Del mismo modo, tampoco deberíamos aceptar que la Corte Interamericana condene a un estado americano por lesionar una norma de la Convención Europea de Derechos Humanos o de cualquier otra fuente que no forme parte del derecho interamericano. El cuarto argumento, complementario de los anteriores, que un estado americano podría oponer a la Corte dice así: “Me comprometí a respetar el derecho interamericano y a someterme a la decisión de la Corte Interamericana en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que nacen de ese derecho y en los límites allí establecidos. Pero no me comprometí a nada más que eso. Quiero que los *pacta*, pero nada más que los *pacta*, sean cumplidos”.

- v) El quinto argumento en contra de una facultad judicial de crear derecho es tan viejo y conocido que no creo que sean necesarias demasiadas palabras para defenderlo. La creación de derecho implica siempre una decisión de política del derecho. Cuando esa decisión la toman los jueces, entonces ellos se convierten en legisladores. Si los jueces hacen el derecho, entonces el riesgo de una “tiranía de los jueces” es evidente, así como también lo es el riesgo de pérdida de certeza del derecho.³⁵ Por supuesto, con esto no niego que en los casos difíciles, para usar una terminología muy extendida en la teoría del derecho, los jueces deban realizar una elección y que esta elección implica en definitiva un acto creativo.³⁶ Solo digo que en los casos fáciles, esto es, cuando el derecho determina claramente qué es lo que se debe hacer, el juez debe sujetarse a la ley, aun cuando considere que la ley no ofrece una buena solución. Especialmente fuerte es este argumento en los casos en que la Corte crea derecho *contra conventionem*³⁷ o cuando cambia constantemente la regla judicial.³⁸ En nuestro juicio hipotético, los estados americanos podrían aun alegar: “No sabemos a qué sujetarnos. La Corte incorpora derecho no pactado, modifica el derecho pactado e incluso cambia constantemente el contenido de las reglas creadas judicialmente. Para saber qué estándar de protección de derechos humanos

³⁵ También la imparcialidad judicial se ve comprometida si un juez crea ampliamente derecho, pues quien crea derecho para el caso decidió previamente el caso. Al menos, este juez difícilmente pueda mostrarse como un juez imparcial.

³⁶ Cf. Hart: o. cit., pp. 155 ss.; Genaro R. Carrió: “Lenguaje, interpretación y desacuerdos en el terreno del derecho”, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4.ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 55 ss.

³⁷ Ejemplos de estos casos en el punto 3.

³⁸ La completa incertidumbre que causa el activismo judicial de la Corte Interamericana se ve claramente en el ejemplo de la regla creada judicialmente que establece que ciertos delitos no prescriben. La Corte formuló por primera vez una regla de este tipo en el caso *Barrios Altos contra Perú*. Allí estableció que no prescriben los hechos que constituyen “graves violaciones de los derechos humanos” (sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41). Sin embargo, este criterio fue modificado en decisiones posteriores. En el caso *Bulacio contra Argentina*, la Corte dijo que la prohibición de prescripción se refería a las “violaciones de derechos humanos” (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 116-117); en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, por el contrario, exigió el criterio más estricto de “crímenes de lesa humanidad” (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151-153); en el caso de la *Masacre de La Rochela contra Colombia* volvió al concepto de “graves violaciones de los derechos humanos” (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007, § 292) y, finalmente, en el caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador* requirió otra vez un criterio más estricto, a saber, “muy graves violaciones de los derechos humanos” (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2007, § 111). Parece entonces que para poder cumplir con estos nuevos estándares internacionales de protección de derechos humanos los estados deben estar en condiciones de prever lo que va a decir la Corte.

debemos respetar, tenemos que predecir lo que dirá la Corte en una futura sentencia”.

c) Los argumentos anteriores me parecen de tal contundencia que la discusión a mi juicio podría terminar aquí. Pero los defensores del activismo judicial podrían ensayar algunos contraargumentos en defensa de la Corte Interamericana. Algunos de los siguientes son, de hecho, frecuentemente intentados.

i) El primer contraargumento posible es que la Corte Interamericana debería poder actualizar el derecho interamericano para suplir la inactividad de los estados. “Lo hago porque los estados no lo hacen”, podría replicar la Corte Interamericana en nuestro juicio hipotético. La respuesta a este contraargumento ya se encuentra en los argumentos antes señalados, especialmente en los puntos (b.i) a (b.iv). La elección de los argumentos normativos antes señalados o del contraargumento fáctico aquí esgrimido depende de cómo se respondan las siguientes preguntas: ¿Pueden los jueces ejercer funciones legislativas solo porque el legislador no cumple (o porque ellos creen que no cumple) correctamente con su tarea? De un modo más claro: ¿Tienen los jueces competencia para extralimitar su competencia e invadir la competencia legislativa de los estados cuando creen que estos no adecuaron el derecho interamericano a las necesidades de protección de los derechos humanos? Mi opinión quedó claramente expuesta en los puntos anteriores. No puedo agregar nada más a su favor, ni en contra de este contraargumento, porque este contraargumento solo opone una razón fáctica a mis razones jurídicas y para desechar esa razón fáctica sólo volvería a esgrimir aquellas jurídicas. Aquí sólo podría recordar una obviedad: que en una discusión jurídica hay que argumentar jurídicamente.

ii) Los partidarios del activismo judicial podrían intentar defender la creación judicial de derecho de la Corte Interamericana con argumentos ideológicos. El argumento diría más o menos como sigue: El activismo judicial de la Corte Interamericana es aceptable porque defiende los valores de la humanidad y afianza el progreso de los derechos humanos. En nuestro proceso hipotético la Corte Interamericana podría alegar en su defensa: “Reconozco que ninguna norma me autoriza a crear derecho, pero lo hago para defender los valores de la humanidad; estoy del lado de los buenos y por eso mi acti-

vismo es bueno”. Este argumento también reprocharía a quienes critican a la Corte el hecho de ser conservadores, antiliberales, de derecha o bien de no estar comprometidos con los derechos humanos.³⁹ Este contraargumento es bastante usual y, sin embargo, está más presente en las charlas de salón (o en los pasillos de la Universidad) que en la discusión académica. Presumo que esto es así porque, en verdad, es un pseudoargumento.⁴⁰ La razón principal para rechazar el contraargumento ideológico reside, a mi juicio, en lo siguiente. La bondad del resultado del activismo judicial depende del punto de vista de quien lo juzga o valora y, por lo tanto, la calificación de un resultado como bueno (o malo) es subjetiva. El activismo judicial es solamente *progresista* —y no conservador— en el sentido de que quiere un cambio, quiere transformar un *statu quo*. Pero la cuestión de si el activismo judicial es liberal o autoritario, de derecha o de izquierda, depende de qué es lo que se quiere cambiar, es decir, de cómo es el *statu quo* que se quiere modificar, y esta última cuestión depende, a su vez, de quién valore ese *statu quo*: no todos tenemos la misma idea —al menos no completamente— sobre aquello en lo que consiste una ideología de izquierda o una de derecha, una liberal o una autoritaria, y no todos valoramos igual estas posiciones. Quien valore la situación de partida como “mala” (por la razón que fuera, porque la considere poco liberal, muy liberal, etcétera), entonces concluirá que el activismo es “bueno”. Pero quien considere que la situación de partida es “buena”, entonces considerará que el activismo es “malo”. En definitiva, la decisión depende de juicios morales personales. El riesgo de decidir con base en predilecciones ideológicas se aprecia claramente cuando el activismo judicial lo hace quien está, ideológicamente, en la vereda de enfrente. No encuentro una frase mejor para resumir esta idea que la siguiente afirmación de Norberto Bobbio: “Nunca nos alegramos cuando la interpretación evolutiva o creadora era invocada por los juristas nazis”.⁴¹ Defender el ac-

³⁹ Cf. sobre esta cuestión en relación con el activismo judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Bernard Schwartz: *The new right and the constitution, turning back the legal clock*, Boston: Northeastern University Press, 1990.

⁴⁰ La justificación ideológica también resuena cuando se recurre a conceptos sumamente abstractos pero emotivamente cargados, como la “conciencia jurídica universal” o las “leyes de humanidad”. Parece que detrás del uso de esos conceptos hay un reproche moral para quien los descarta.

⁴¹ Norberto Bobbio: *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, México: Fontamara, 1991, p. 35.

tivismo judicial cuando es un activismo bueno (cuando *para mí* es bueno) pero rechazarlo cuando es un activismo malo (cuando *para mí* es malo) evidencia una posición al menos intolerante que no acepta que puede haber otros que piensan diferente. Es claro que lo que es bueno para mí puede ser malo para otro, y la mejor forma de evitar que la aplicación del derecho se convierta tan solo en *lo que es bueno para el juez* es que el juez se sujete al derecho, al menos en cuanto este brinde pautas de qué sujetarse. Hoy sabemos que el sometimiento absoluto del juez a la ley, como era querido por los pensadores iluministas, no es posible por limitaciones del legislador y del lenguaje normativo, pero esa sujeción debe permanecer como una aspiración o meta a ser cumplida en el grado más alto posible, pues de ello depende la legitimación de la actividad judicial. *Quis custodiet ipsos custodes?*, se preguntaba Juvenal (*Satirae*, VI). La ley custodia al custodio. Cuando la ley es clara, ella es un límite infranqueable de la actividad judicial. Un juez tiene que decidir conforme a derecho (cuando el derecho le permite hacerlo) aun cuando él considere que el derecho no proporciona una buena solución del caso. En fin, el llamado *argumento ideológico* es tan solo un argumento retórico-efectista y, por lo demás, solo surte efecto entre quienes comparten la misma ideología.

- iii) El último contraargumento podría enunciarse así: Dado que la decisión de la Corte Interamericana es irrevisable (artículo 67 de la Convención Americana), ella tiene la última palabra para decir qué es el derecho, y la afirmación de que se equivocó no tiene ninguna consecuencia en el sistema interamericano. La Corte Interamericana podría replicar con la frase de Hughes citada al comienzo: “Estoy sometida a la Convención, pero en definitiva la Convención es lo que yo digo que es”. Me es muy fácil responder a esta objeción con los argumentos de Herbert Hart en cuanto a la distinción entre definitividad e infalibilidad de la decisión judicial.⁴² Que el sistema interamericano haya instituido a la Corte Interamericana con autoridad final para decir qué es el derecho no significa que esa decisión no sea falible. Otra vez es útil ejemplificar con las reglas de un juego: si un árbitro se equivoca (intencionalmente, sin darse cuenta o porque está ebrio) al aplicar la regla de tanteo del juego del fútbol, eso no quiere decir que no haya regla de tanteo

⁴² Hart: o. cit., pp. 176 ss.

en dicho juego. Solo si el juego fuera *el juego del arbitrio del árbitro*, entonces la regla de tanteo sería lo que el árbitro arbitrariamente vaya decidiendo que es en cada caso. Quizás fuera divertido jugar a ese juego, pero ese juego no es el fútbol.⁴³ Lo mismo vale para el sistema interamericano. La Corte Interamericana tiene que aplicar las reglas de la Convención Americana y de los demás tratados bajo su control de la mejor manera posible. Ella puede, inconscientemente o conscientemente, incurrir en errores al aplicar una regla (por ejemplo, aquella que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal del artículo 9) y esa decisión será definitiva porque el sistema interamericano no conoce una instancia superior que revise las decisiones de la Corte. Pero eso no significa que la regla de la irretroactividad de la ley penal no siga siendo lo que era. Si el sistema interamericano contuviera un regla del tipo “cualquier cosa que considere adecuada la Corte Interamericana será derecho”, entonces sí el derecho interamericano sería lo que la Corte Interamericana dice que es. Pero esa regla no existe en el sistema interamericano vigente. Por eso, la proposición “el derecho es lo que los jueces dicen que es” es falsa respecto al sistema interamericano. No es cierto que cualquier cosa que digan los jueces sea derecho. Esa frase solo proporciona un “ropaje verbal para ejercicio de una discrecionalidad ilimitada”.⁴⁴

Punitivización

3. La Corte Interamericana ha hecho mucho para mejorar la protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos.⁴⁵ Sin embargo, esa optimización también fue conseguida a través del reconocimiento de *nuevos derechos* de la víctima de hechos penales que no están escritos en la Convención Americana, ni son derivables de ella a

⁴³ El ejemplo es de Hart: o. cit., pp. 177 ss.

⁴⁴ Hart: o. cit., p. 182. El problema del sistema interamericano no es que una decisión errónea de la Corte no pueda ser revisada (todo sistema judicial en algún momento tiene que poner fin a la posibilidad de revisión otorgando el control final a una autoridad judicial), sino que los jueces de la Corte Interamericana no están sometidos a ningún tipo de control político por el mal ejercicio de sus funciones.

⁴⁵ Por ejemplo, la Corte amplió el concepto de *víctima*, primero por vía jurisprudencial —caso *Blake contra Guatemala*, sentencia de fondo, 24 de enero 1998, § 112-116; caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala (Niños de la calle)*, sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999, § 173-177; caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000, § 162-166— y luego a través de la reforma de su reglamento interno (cf. reglamento de 2000). Por otra parte, por medio de reformas a su reglamento amplió los poderes de intervención de la víctima en el proceso internacional (cf. reglamentos de 1996 y 2000).

través de interpretación, y que cancelan derechos fundamentales de la persona sometida al poder penal, que sí se encuentran garantizados explícitamente en la Convención. Por esta razón al comienzo de este trabajo señalé que un rasgo importante observable en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es su tendencia *punitivista*, o bien su comprensión punitivista de los derechos humanos. Paradigmático es el caso del derecho de la víctima a la justicia y al castigo y el correlativo deber del Estado de perseguir y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos que, según algunas sentencias de la Corte, autorizaría a dejar de lado derechos fundamentales de la persona que corre el riesgo de una pena criminal. De la mano de este superderecho a la justicia de la víctima, la Corte Interamericana está creando un verdadero “estatuto de la víctima” opuesto al “estatuto del imputado” consagrado en la Convención, esto es, un *Bill of rights* no escrito de la víctima que neutraliza el *Bill of rights* escrito del imputado. La Corte Interamericana pretende, además, que este equilibrio entre víctima e imputado (producto de la neutralización de normas de garantía previstas a favor del imputado) sea respetado por los tribunales penales de los estados, pues ella no solo sostiene que los estados por ninguna razón pueden incumplir sus decisiones dictadas en el caso concreto, sino también que ellos deben controlar si las disposiciones de su derecho interno cumplen con la Convención Americana tal como ella es interpretada por la Corte (test del control de convencionalidad). En lo siguiente mostraré tres ejemplos muy claros de este activismo judicial antiliberal y *contra conventionem*.

i) El artículo 8.4 de la Convención establece: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Ninguna disposición de la Convención establece una excepción a esta regla jurídica. Sin embargo, la Corte Interamericana ha dicho: “[...] esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplazan la protección del *ne bis in idem*”.⁴⁶ El artículo 8.4 es desaplicado con base en “derechos de las víctimas” no ex-

⁴⁶ Caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 154. En el caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 226, la Corte dijo: “[...] el Estado no podrá [...] argumentar [...] cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* [...]”. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares”.

plicitados en la Convención, “exigencias de justicia” identificadas en forma discrecional y, paradójicamente, la “letra y espíritu” de la Convención. No sé cuál sea el espíritu de la Convención, pero la letra es clara y dice “*ne bis in idem*” para el imputado absuelto por sentencia firme.

ii) El artículo 9, primera parte, de la Convención Americana establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Ninguna disposición de la Convención establece una excepción a la regla de la irretroactividad de la ley penal y el artículo 27.2 expresamente rechaza que esta regla pueda ser suspendida aun en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. La Corte Interamericana, sin embargo, dijo: “[...] el Estado no podrá argumentar [...] irretroactividad de la ley penal [...] para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”⁴⁷ de hechos que según el derecho internacional serían calificables como crímenes contra la humanidad. La Corte parece haber derivado directamente del derecho internacional una regla que permite la retroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales. Más allá de si esa regla efectivamente existe en el derecho penal internacional actual (sobre lo cual tengo muchas dudas; por ejemplo, el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional establece la vigencia irrestricta de la regla de la irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales),⁴⁸ lo cierto es que la Corte Interamericana no está facultada para derivar normas no escritas del orden jurídico internacional. Al excluir a los autores de crímenes internacionales del derecho a ser condenados únicamente si sus acciones u omisiones son delictivas en el momento del hecho, la Corte Interamericana no solo desconoce el artículo 9, que claramente dispone que “*nadie*” puede ser condenado con base en normas posteriores al hecho, sino también el artículo 1.1, que establece que los estados parte deben respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a “*toda persona* que esté sujeta a su jurisdicción”, y “*persona*”, según el artículo 1.2, es “todo ser humano”.

iii) El artículo 8.1 de la Convención Americana establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída [...] dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal [...]”.

⁴⁷ Caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151. Similar, caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 226.

⁴⁸ Sobre la revalorización del principio de legalidad en el Estatuto y en la jurisprudencia de la *Corte Penal Internacional* cf. Malarino: o. cit., punto XXI.

Ninguna disposición de la Convención restringe el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo, la Corte Interamericana sostuvo: “[...] en este tipo de casos, el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable”.⁴⁹ Con “este tipo de casos” la Corte se refería a crímenes contra la humanidad. Es cierto que la indeterminación del artículo 6.1 deja un amplio margen al juez para decidir cómo se establece el plazo razonable. Esto significa que la Corte debe precisar la garantía, concretando los criterios con los cuales se establece la (ir)razonabilidad de la duración del proceso, pero no significa, en cambio, que ella esté autorizada a desaplicar un derecho expresamente garantizado por la Convención a toda persona sujeta a un procedimiento judicial. Si una persona condenada por (o absuelta de) un delito muy grave reclama ante el sistema interamericano que su proceso ha durado un tiempo irrazonable y que, por lo tanto, se ha violado el artículo 8.1 de la Convención, la Corte Interamericana deberá determinar si eso ha ocurrido o no, y para hacerlo podrá echar mano a los criterios que ella misma ha elaborado para concretar la garantía. Lo que la Corte no puede hacer es afirmar que el proceso tuvo efectivamente una duración irrazonable pero que, en el caso concreto, la lesión de la garantía se justifica por la gravedad del delito atribuido. Esa garantía está prevista a favor de toda persona sujeta a un procedimiento judicial y la Convención no previó una excepción para la persona sujeta a procesos por hechos penales graves. También una persona acusada de un hecho grave tiene derecho a que el sufrimiento que implica el proceso cese en un determinado tiempo. Por ello, ningún requerimiento de “justicia” basado en la gravedad del delito autoriza a la Corte Interamericana a denegar a una persona su derecho a que el proceso finalice dentro de un plazo razonable.

Estos ejemplos muestran claramente la tendencia punitivista de la Corte Interamericana. La justificación que ella esgrime para anular derechos fundamentales del imputado consagrados explícitamente en la Convención es la especial necesidad de protección de las víctimas basada en la gravedad del delito. La Corte está creando jurisprudencialmente un derecho de excepción para las graves violaciones de los derechos humanos, en el cual no solo no hay *ne bis in idem*, ni irretroactividad de la ley penal, ni plazo razonable de duración del proceso, sino tampoco plazo de prescripción, ni amnistía posible. El viejo y conocido principio del derecho medieval *in atrocissima licet iudici iura transgredi* aparece nuevamente para justificar lesiones de los derechos humanos en nombre de los derechos humanos.

⁴⁹ Caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 149.

Además de los argumentos generales ya enunciados en contra de todo activismo judicial (punto 2.b), el derecho interamericano contiene otro dirigido específicamente en contra de este tipo de activismo judicial iliberal y *contra conventionem*. El artículo 29.a de la Convención Americana prohíbe a toda persona o autoridad que, a través de “interpretación”, suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o los limite en mayor medida de lo que ella prevé. Por ello, la especie de activismo judicial aquí analizada lesiona también esta manifestación del principio *pro hómine*.

Nacionalización

4. Según el artículo 63 de la Convención Americana, cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o una libertad protegidos en la Convención deberá disponer: *a)* que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuera procedente, *b)* que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y *c)* que se indemnice a la parte lesionada. Seguramente muchos coincidirán en que la sentencia a “reparaciones” se ha convertido con los años en una piedra fundamental del sistema interamericano y también coincidirán con Sergio García Ramírez en que “en esta materia se ha cifrado, con especial intensidad y profundidad, la fuerza creativa” de la jurisprudencia de la Corte.⁵⁰ El siguiente pasaje de su voto concurrente en la sentencia *La Cantuta contra Perú* sintetiza de manera muy clara esta idea:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones. El desarrollo de la jurisprudencia interamericana en este ámbito queda de manifiesto cuando se reflexiona sobre la distancia que media entre un régimen de reparaciones concentrado en la indemnización patrimonial —que ciertamente es indispensable y pertinente— y otro que, además de las indemnizaciones, previene medidas de gran alcance en materia de satisfacción moral para las víctimas y prevención de nuevas conductas violatorias: por ejemplo, reformas constitucionales, adopción de leyes, derogación

⁵⁰ García Ramírez: o. cit., p. 3. En ese mismo trabajo también dice: “Es interesante advertir cómo se avanzó en el espacio de las reparaciones en cada nueva sentencia sobre la materia que dictó la Corte, e incluso en las resoluciones de fondo” (p. 13).

de disposiciones de alcance general, invalidación de procesos y sentencias, reformas políticas o judiciales, etcétera.⁵¹

Este párrafo describe bastante bien lo que al comienzo he nombrado como *nacionalización* de la Corte Interamericana: que como “reparación” de la violación de un derecho garantizado en la Convención la Corte con frecuencia ordena a los estados que adopten medidas que inciden sobre esferas de competencia de los poderes públicos fuertemente vinculadas con la soberanía nacional. Por ejemplo, la Corte ha ordenado la derogación o sanción de leyes o de normas constitucionales (incidencia en la esfera del poder legislativo o constituyente local), la revisión de decisiones de tribunales locales en procesos pendientes o terminados con sentencia definitiva o bien la adopción de medidas procesales concretas (incidencia en la esfera del poder judicial local) y también la realización de ciertas políticas públicas que implican, a su vez, la asignación de los recursos estatales en una determinada dirección (incidencia en la esfera del poder ejecutivo local).

Es difícil determinar con exactitud dónde debe trazarse el límite entre lo que puede y lo que no puede ordenar la Corte a un estado como reparación por la violación de un derecho o libertad garantizados en la Convención, debido a la indeterminación misma del término *reparación*. Solo es claro que la reparación no se agota en una indemnización patrimonial, pues el artículo 63 distingue entre reparación e indemnización. La exigencia de que la reparación sea *procedente*, establecida también en dicho artículo, tampoco ayuda mucho a determinar qué puede y qué no puede establecer la Corte como reparación, pues este concepto también es bastante impreciso. Esta exigencia nos aclara, al menos, que la facultad de la Corte de ordenar reparaciones no es ilimitada. La ausencia de pautas precisas en la Convención acerca del contenido de la condena a reparación explica en esta materia la enorme creatividad de los jueces.⁵²

En este trabajo no me propongo analizar exhaustivamente los límites de la condena a reparaciones. Solamente quiero exponer algunas razones que me llevan a pensar que la Corte Interamericana debería ser más cauta en el establecimiento de reparaciones. Por muy impreciso que el término *reparación* pueda ser, no creo que rinda tanto como para convertir a la Corte Interamericana en legislador y constituyente de todos los estados parte, ni tampoco en una suerte de corte suprema de las cortes supremas de esos estados.

⁵¹ *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, voto concurrente del juez García Ramírez, § 24.

⁵² La Corte Interamericana señaló que el artículo 63 “[...] otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación” (caso *Baena Ricardo y otro contra Panamá*, sentencia de competencia, 28 de noviembre de 2003, § 64).

Tampoco creo que esa norma llegue a tanto como para autorizar a la Corte a decidir las políticas públicas nacionales. Por otra parte, no parece que los estados hayan querido ceder a la Corte Interamericana la decisión sobre asuntos tan estrechamente vinculados con la soberanía estatal y perder en tal medida su poder de autogobierno.

i) *Intromisiones en las esferas del poder legislativo y del poder constituyente.* La Corte Interamericana subestima el valor que representa el principio democrático para una sociedad cuando ordena a un Estado como reparación de la violación de un derecho protegido en la Convención que el poder legislativo suprima una ley o bien la sancione o reforme de acuerdo con lo establecido en su sentencia.⁵³ Es cierto que la ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana necesariamente suponen restricciones de la soberanía estatal, pero ¿tales restricciones llegan a tanto como para permitir que un tribunal internacional, compuesto por siete jueces *part time* no elegidos popularmente,⁵⁴ tenga la última palabra sobre la necesidad de regular conductas con una ley y sobre el contenido concreto de esa ley? La respuesta debe ser negativa y esto se ve muy claro cuando la ley que la Corte Interamericana ordena suprimir, crear o modificar afecta posiciones jurídicas de las personas. Paradigmático es el caso de la condena a reparar consistente en introducir un nuevo delito penal en el ordenamiento interno, medida muy frecuente en la jurisprudencia de la Corte. El principio democrático exige que toda restricción de un derecho o libertad de la persona

⁵³ Por ejemplo, la Corte Interamericana ordenó la modificación de los delitos de terrorismo y traición a la patria (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 27 de noviembre de 1998, punto 5 de la parte resolutive); la derogación de leyes penales y procesales de emergencia incompatibles con la Convención (caso *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999, punto 14 de la parte resolutive y § 204-208); la adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole necesarias para adecuar de manera general el ordenamiento jurídico a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario (caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 22 de febrero de 2002, punto 4 de la parte resolutive); la derogación del delito de desacato y la reforma de las leyes que regulan la competencia de los tribunales militares y el proceso ante dichos tribunales de acuerdo con las pautas establecidas en la sentencia (caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, puntos 13, 14 y 15 de la parte resolutive y § 79-93, 120-144, 162-189 y 254-257); la adecuación de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas a los estándares de la Convención Interamericana contra la Tortura y la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, punto 12 de la parte resolutive y § 91-93 y 179); la modificación de una ley que imponía el deber de pagar una tasa, en concepto de depósito, a personas desvinculadas del proceso cuyos bienes habían sido incautados y mantenidos en depósito judicial con base en una medida cautelar durante el procedimiento (caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez contra Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007, punto 11 de la parte resolutive y § 192-195 y 266-269); la aprobación de un Código de Ética Judicial con determinado contenido (caso *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, punto 19 de la parte resolutive y § 253).

⁵⁴ Cf. los requisitos para la elección de jueces de la Corte Interamericana establecidos en los artículos 52 ss. de la Convención.

sea aprobada por la instancia que más fuertemente representa al pueblo, esto es, el parlamento. La discusión parlamentaria otorga a la norma legitimidad democrática. La ausencia de legitimidad popular de los jueces de la Corte Interamericana no los sitúa en una buena posición para establecer legítimamente restricciones a los derechos y libertades de los ciudadanos de los países americanos. Ella no tiene sustento democrático para decidir difíciles cuestiones de ponderación política entre los distintos intereses en pugna de la sociedad.⁵⁵ El análisis de la proporcionalidad (en sentido amplio) y especialmente el análisis del requisito de la necesidad de una medida de injerencia exigen, por otra parte, tener en cuenta factores estrechamente conectados con la sociedad y el orden jurídico concretos que difícilmente puedan ser atendidos por jueces *part time* que, además de carecer legitimación popular, no cuentan, al menos no necesariamente, con conocimientos del orden jurídico nacional en el que pretenden insertar, modificar o suprimir una regulación específica, ni tampoco de campo sobre las necesidades concretas de esa sociedad. Posiblemente, esos *jueces-legisladores* ni siquiera hayan pisado el país al cual pretenden imponer normas.

Por otra parte, una interpretación tan amplia del concepto de reparación como la que sostiene la Corte Interamericana conduciría a aceptar que este tribunal tiene competencia para decidir el contenido de las leyes nacionales de los estados parte en prácticamente todos los ámbitos de la vida social, debido a la diversidad y amplitud de las normas bajo control de la Corte. Tal interpretación apoyaría que la Corte pudiera establecer el contenido preciso de leyes penales y civiles en relación con temas tan variados como, por ejemplo, la vida, la integridad personal, la familia, la infancia o la propiedad, con tan solo invocar que las leyes “ordenadas” son la mejor o la única forma de reparar las violaciones de los artículos 4, 5, 17, 19 o 21, respectivamente. Además de las dudas sobre la legitimidad democrática ya mencionadas, este amplísimo recorte del poder de

⁵⁵ Un ejemplo de difícil elección entre intereses en pugna plantea el caso de la amnistía. No es en absoluto claro, por ejemplo, que la regla judicial Barrios Altos, que prohíbe amnistiar graves violaciones de los derechos humanos, proteja mejor los derechos humanos que una regla que autoriza la amnistía en circunstancias excepcionales. La primera regla prioriza la “justicia”; la segunda, en cambio, la “paz”. Una cuestión tan compleja debería ser decidida por una asamblea parlamentaria con sustento democrático y no, en cambio, por un órgano aristocrático. Una crítica a la posición que anatemiza la amnistía y un alegato a favor del recurso a ella en circunstancias extremas y excepcionales en Ezequiel Malarino: “Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latino-americanas. Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: *no peace without justice o bien no peace with justice*”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, año 4, n.º 7/2009, pp. 368 ss. (también en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner: *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 415 ss., especialmente pp. 420 ss.).

autogobierno de los estados trastoca la relación misma entre ordenamiento interno y ordenamiento interamericano.

Muy clara es la intromisión en asuntos de exclusiva competencia estatal cuando la Corte Interamericana ordena a un estado reformar su constitución política.⁵⁶ Una constitución establece los principios rectores de la organización política y las pautas esenciales de convivencia social. Tales normas son constitucionales, precisamente, porque sientan las bases o fundamentos sobre los que se apoya la entidad política *nación* y por ello son la expresión más clara de la soberanía estatal. Estas disposiciones son consideradas tan relevantes para la sociedad que su reforma requiere procedimientos especiales y más complejos que los necesarios para reformar una ley ordinaria. Mientras el mundo se organice políticamente en entidades nacionales y no exista un Estado mundial y una Constitución mundial, el dictado de las leyes que dan base a la sociedad corresponde únicamente a los estados. Esta es una manifestación patente del principio de derecho internacional de la libre determinación de los pueblos.

ii) *Intromisiones en la esfera del poder judicial.* La Corte Interamericana confunde su competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado con la competencia de los tribunales nacionales para establecer la responsabilidad penal, civil, etcétera, de las personas cuando ordena a dichos tribunales que dejen sin efecto, anulen o modifiquen decisiones o adopten medidas procesales concretas.⁵⁷ Mientras que en sus

⁵⁶ Así, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, punto 4 de la parte resolutive y § 83-90, donde se ordena la modificación de la Constitución política del Estado que autorizaba la censura previa de material cinematográfico.

⁵⁷ Por ejemplo, la Corte Interamericana ordenó la libertad de una persona condenada por tribunales nacionales (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de fondo, 17 de noviembre de 1997, punto 5 de la parte resolutive y § 84), la anulación de una sentencia firme condenatoria y la realización de un nuevo juicio (caso *Castillo Petrucci contra Perú*, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999, punto 13 de la parte resolutive), la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de una ley de amnistía tras haber sostenido la invalidez de esa ley y su incompatibilidad con la Convención Americana, así como la imposibilidad de alegar, en dichos procesos, la prescripción de la acción u otras causales eximentes de responsabilidad penal (caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, puntos 3-5 de la parte resolutive y § 41-44); la anulación de una sentencia firme condenatoria fundada en una ley que no respetaba el debido proceso y la eliminación de los antecedentes penales (caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 3 de diciembre de 2001, puntos 4 y 5 de la parte resolutive y § 77 y 78), la modificación de una sentencia de un tribunal supremo nacional que había impuesto el pago de multa y costas procesales (caso *Cantos contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, puntos 1-4 de la parte resolutive), la continuación de la investigación de un delito a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción previsto en la ley nacional (caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, punto 4 de la parte resolutive), la anulación de varias sentencias condenatorias dictadas por tribunales militares (caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, punto 12 de la parte resolutive y § 253); la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de una ley amnistía, tras haber sostenido la invalidez de esa ley y su incompatibilidad con la Convención Americana, así como la imposibilidad de alegar, en dichos procesos, la prescripción de la

primeras decisiones la Corte Interamericana reconocía claramente la distinción entre el objeto del proceso internacional y los diferentes objetos de los procedimientos internos (penal, civil, administrativo),⁵⁸ en los últimos tiempos esa distinción se ha vuelto borrosa. Para ver claro el punto basta poner en evidencia las diferencias —por lo demás, obvias— entre el proceso internacional ante la Corte Interamericana y el proceso penal interno.⁵⁹ El proceso ante la Corte Interamericana es un proceso efectuado por la comunidad americana contra un estado que presuntamente ha violado compromisos internacionales, con el objeto de decidir sobre la responsabilidad internacional de ese estado. El proceso penal es un proceso efectuado por el estado contra un individuo que presuntamente ha lesionado la ley penal con el objeto de decidir sobre la responsabilidad penal de tal individuo. Es posible que ambos procesos tengan la misma base fáctica

acción, la irretroactividad de la ley penal o la regla *ne bis in idem* (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, puntos 5 y 6 de la parte resolutive y § 145-157, especialmente 147 y 151), la anulación de una sentencia que condenaba a pena de prisión y al pago de una indemnización y la supresión de los antecedentes penales (caso *Kimel contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, puntos 7 y 8 de la parte resolutive y § 121-123), la reintegración en sus cargos a jueces destituidos por un tribunal nacional (caso *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, punto 17 de la parte resolutive y § 246).

⁵⁸ En efecto, en sus primeras decisiones la Corte Interamericana tenía muy claro que carecía de facultades para decidir, como un tribunal de última instancia, los procesos judiciales nacionales. Veamos tres ejemplos. En el famoso caso *Velásquez Rodríguez* la Corte constató que el Estado hondureño había incumplido el deber de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos —deber derivado del artículo 1.1 de la Convención— debido a que el proceso penal interno no había arrojado resultados positivos (había finalizado en sobreseimiento); sin embargo, la constatación del incumplimiento de dicho deber no tuvo como efecto la reapertura del proceso judicial interno, sino únicamente la sanción internacional de Honduras (cf. caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, y sentencia de reparaciones y costas, 21 de julio de 1989). En el caso *Niños de la calle* el Estado guatemalteco había objetado la competencia de la Corte para conocer como “cuarta instancia” de la sentencia absolutoria definitiva dictada por la Corte Suprema de ese país. La Corte Interamericana rechazó la excepción preliminar con el argumento de que su decisión no pretendía revisar el fallo de la Corte Suprema de Guatemala, sino evaluar si existía responsabilidad internacional del Estado por la violación de preceptos de la Convención (caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala [Niños de la calle]*, sentencia de excepciones preliminares, 11 de septiembre de 1997, § 17-20: “Esta Corte considera que la demanda presentada por la Comisión Interamericana no pretende la revisión del fallo de la Corte Suprema de Guatemala sino que solicita que se declare que el Estado violó varios preceptos de la Convención Americana por la muerte de las citadas personas, que atribuye a miembros de la policía de ese Estado y que por lo tanto existe responsabilidad de este”; la cita es del § 18). Finalmente, en la opinión consultiva 14/94, la Corte Interamericana debió establecer cuáles son los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viola las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. La Corte, luego de afirmar que un Estado tiene el deber de no adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención, aclaró: “La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho” (opinión consultiva OC 14/1994, sobre *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, de 9 de diciembre de 1994, § 34).

⁵⁹ Gran parte de las consideraciones que siguen ya se encuentran en Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., punto VIII, incluidas las notas 39-43.

—por ejemplo, la tortura de una persona por un agente estatal—, pero ese hecho tiene en cada proceso un sentido jurídico diferente.⁶⁰ El distinto objeto procesal y las distintas consecuencias que pueden derivarse de ambos procesos (sanción penal a un individuo o sanción internacional a un estado) inciden sobre las reglas de prueba,⁶¹ el régimen

⁶⁰ Un mismo hecho (por ejemplo, 'el policía P tortura a la víctima V') puede tener significaciones jurídicas diferentes que se discutirán en procesos judiciales diferentes. Contra P se seguirá un proceso penal por el delito de tortura con el objeto de determinar si él es responsable penalmente del hecho (el caso será "Fiscalía contra P" o, como solemos decir en nuestro medio, "P sobre tortura"). Seguramente también se iniciará contra P un proceso disciplinario para determinar si debe ser sancionado o destituido, pues el Estado no quiere entre sus filas a policías torturadores (el proceso será "Administración Pública contra P"). Muy probablemente V decida iniciar un proceso civil contra P con el objeto de obtener la reparación de los daños y las indemnizaciones correspondientes (aquí el proceso será "V contra P sobre reparación e indemnización"). Y también ese mismo hecho podrá dar lugar a un proceso ante la Corte Interamericana con el objeto de determinar si el Estado donde P ejerce como policía (por ejemplo, Argentina) es responsable internacionalmente porque uno de sus agentes —que sea P u otro es indiferente— violó un derecho consagrado en la Convención Americana (aquí el caso será "Comisión Americana contra Argentina"). Cada uno de estos tribunales (penal, disciplinario, civil e interamericano) está autorizado para decidir autónomamente y sin interferencias sobre el objeto procesal de su incumbencia y ninguno lo está para resolver los objetos procesales de procesos diferentes (salvo excepciones legales expresas, por ejemplo, las establecidas en los artículos 1101 a 1104 del Código Civil argentino). Así, pues, del mismo modo que el tribunal civil que juzga sobre la reparación del daño no puede ordenar al tribunal penal una medida que altere la cosa juzgada penal por considerar que esta es la única forma de reparar el daño a la víctima, tampoco la Corte Interamericana podría hacerlo. Por ejemplo, un tribunal civil no podría ordenar la reapertura de un proceso penal terminado con sentencia definitiva como consecuencia de una ley de amnistía al decidir sobre la indemnización y la reparación del daño en sede civil (según el artículo 61 del Código Penal argentino, la amnistía extingue la acción penal, pero no la civil), alegando que una adecuada reparación a la víctima exige la investigación y, en su caso, sanción de los responsables.

⁶¹ Desde sus primeras decisiones, la Corte Interamericana estableció que los criterios de prueba en el proceso internacional son diferentes a los del proceso penal interno. En el proceso internacional, la defensa del Estado no puede basarse en que el demandante no adjuntó prueba, y en ciertos casos es admisible una inversión de la carga de la prueba; el Estado debe cooperar en la producción de la prueba de la parte demandante, pues él es el que tiene el control sobre los medios para aclarar los hechos ocurridos en su territorio; el silencio del Estado puede valorarse como reconocimiento de responsabilidad; no es necesario probar los elementos subjetivos de los delitos (cf., entre otros, caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, § 135 ss.). En ciertas ocasiones, por otra parte, la Corte Interamericana al reconstruir los hechos en la sentencia no tomó en consideración prueba que había sido aportada por el Estado —y que tendía a desvirtuarlos—, con el argumento de que ese Estado después de la presentación de la prueba había aceptado su responsabilidad internacional (cf. *Bulacio contra Argentina*, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 59). Como es bien sabido, un proceso penal contiene reglas bien diversas de las recién señaladas.

de la acción⁶² y la participación procesal.⁶³ Es precisamente el distinto objeto de estos procesos —la distinta significación jurídica que el hecho tiene en estos procesos— lo que lleva a concluir que la Corte Interamericana *no puede revisar* como un tribunal de última instancia las decisiones de los tribunales nacionales⁶⁴ y que la firmeza de la decisión del tribunal nacional es completamente independiente de la decisión de la Corte Interamericana.⁶⁵ La afirmación constante de la Corte Interamericana de que no es un

⁶² En el proceso internacional es posible la composición del litigio a través de una “solución amistosa” (artículos 48.1 letra f y 49 de la Convención Americana). También es posible el allanamiento de la parte demandada o el desistimiento de la parte demandante (artículo 53 del Reglamento de la Corte). Si bien la Corte Interamericana ha sostenido en algunas ocasiones que, si la protección de los derechos humanos así lo exige, puede continuar el procedimiento a pesar de la existencia de una solución amistosa o de un allanamiento del Estado, es seguro que en dicho proceso la autonomía de la voluntad juega un papel mayor que en un procedimiento penal interno. El ejemplo del caso *Bulacio contra Argentina* citado en la nota anterior muestra que cuando un Estado se allana es posible prescindir de elementos probatorios favorables al Estado en la reconstrucción de los hechos en la sentencia. Eso no ocurre en un proceso penal —al menos en ordenamientos que pertenecen a la familia del *civil law*—, pues aunque el imputado confiese, el tribunal tiene el deber de reconstruir el hecho conforme a la verdad.

⁶³ El proceso internacional es una contienda entre una parte demandante (la Comisión Interamericana y la víctima o eventualmente un Estado) y una parte demandada (siempre un Estado). La persona individual que presuntamente ha lesionado un derecho garantizado en la Convención no participa en el proceso internacional, pues este proceso no está encaminado a establecer su responsabilidad en el hecho ni a imponerle una sanción. Al sistema interamericano no le interesa determinar si el policía P del Estado parte A es quien torturó a V, sino que le basta determinar que fue un agente del Estado parte A quien lo hizo.

⁶⁴ El requisito del agotamiento de los recursos internos para que el afectado pueda recurrir al sistema interamericano (establecido en el artículo 46.1.a de la Convención Americana) no significa, obviamente, que la Corte Interamericana sea un tribunal superior de los tribunales nacionales; este requisito solo pretende que la protección del derecho se intente primero en la jurisdicción nacional. Por eso la Convención Americana admite tres excepciones a este requisito en casos en que dicha protección no pueda obtenerse en el derecho interno (artículo 46.2.a-c de la Convención Americana). En este mismo sentido, cf. Comisión Interamericana, Informe 39/96, caso 11.673 (*Marzióni contra Argentina*), de 15 de octubre de 1996, § 49; cf. también la opinión consultiva de la Corte Interamericana OC 11/1990, sobre “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de 10 de agosto de 1990, donde se prevén otras excepciones.

⁶⁵ El hecho de que la legislación procesal penal de algún Estado prevea la posibilidad de revisar un proceso interno en caso de que la Corte Interamericana haya constatado una violación de la Convención Americana en el proceso internacional sobre los mismos hechos tampoco altera la esencia diferente de los dos procesos. La decisión de si un ordenamiento procesal admite la revisión de una decisión definitiva interna a fin de tener en cuenta una decisión posterior de una corte regional de derechos humanos es privativa de cada Estado, así como también lo es aquella de la extensión de tal revisión. Algunos Estados, como Argentina o Italia, no han previsto esta causal de revisión; otros, como Colombia o Alemania, sí lo han hecho. En Colombia se permite la revisión de la sentencia absolutoria opuesta a una sentencia posterior de la Corte Interamericana, esto es, se permite la revisión *in málam pártem*. El artículo 192.4 del Código Procesal Penal (ley 906 de 2004) autoriza la revisión en el caso de que “después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones”; y agrega: “En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”. En Alemania, en cambio, el § 359.6 de la Ordenanza Procesal Penal permite la revisión a favor del condenado de un proceso terminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada “cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha constatado una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos o de sus protocolos y la sentencia alemana se basa en esa violación”. Solo la revisión de

tribunal de última instancia de las jurisdicciones nacionales y específicamente que “no es un tribunal penal”⁶⁶ pierde sentido si luego ordena a los tribunales nacionales, por ejemplo, reabrir un proceso para volver a juzgar a una persona condenada o absuelta con sentencia definitiva, anular o declarar inválida una ley o bien dejar de lado límites temporales al castigo, como la prescripción.⁶⁷

Lo más problemático de todo esto es que la Corte Interamericana, valiéndose del argumento de que no es un tribunal interno —y especialmente que no es un tribunal penal—, utiliza criterios probatorios menos rígidos que los del proceso penal para constatar la responsabilidad internacional del Estado o incluso, en caso de allanamiento, descarta prueba a favor del Estado confeso.⁶⁸ Este relajamiento probatorio sería inobje-

la sentencia condenatoria (revisión favorable) es admisible con base en esta causal. En efecto, el artículo 362 de la Ordenanza Procesal Penal no incluye esa hipótesis entre los casos de revisión de la sentencia absolutoria (revisión desfavorable). Por otra parte, no es admisible la revisión de una sentencia definitiva no penal opuesta a una sentencia posterior del Tribunal Europeo. El Tribunal Federal Constitucional alemán ha confirmado este punto de vista en su sentencia del 14 de octubre de 2004 (Segundo Senado, sentencia BvR 1481/04). En esa misma decisión, por otra parte, este tribunal alemán ha aclarado cuál es la verdadera naturaleza de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha negado cualquier eficacia casatoria: “[...] el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] emite una sentencia de constatación; con la decisión determina que el Estado parte en cuestión —en relación con el objeto procesal concreto— ha respetado la Convención o la ha contradicho; por el contrario, no emite una decisión casatoria, que directamente revocaría la medida cuestionada del Estado parte” (traducción del autor). Es interesante señalar también la sentencia n.º 129, de 30 de abril de 2008, de la Corte Constitucional italiana en el caso *Dorigo*. En esta decisión, la Corte Constitucional italiana consideró infundado un planteo de ilegitimidad constitucional del artículo 630.1.a del Código Procesal Penal —disposición que regula el recurso de revisión en materia penal— en la parte en que no prevé como supuesto de revisión el caso de que la sentencia penal definitiva sea irreconciliable con una sentencia posterior del Tribunal Europeo, y con ello descartó que pueda reabrirse un proceso terminado con sentencia definitiva —en el caso, condenatoria— a fin de tener en cuenta una sentencia del Tribunal de Estrasburgo dictada posteriormente. En conclusión, la decisión de cuándo una sentencia interna adquiere el carácter de cosa juzgada y cuándo esa cosa juzgada puede ser controvertida es de exclusiva competencia del legislador interno, y la decisión de si, en el caso concreto, están cumplidos los requisitos legales para revisar una sentencia interna corresponde exclusivamente a las autoridades judiciales nacionales.

⁶⁶ Cf., entre muchos otros, caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 156. Cf., sin embargo, el voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 27, donde defiende una *jurisprudential cross-fertilization* (fertilización cruzada jurisprudencial) entre el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

⁶⁷ El siguiente pasaje de la sentencia de fondo, reparaciones y costas en el caso *La Cantuta contra Perú*, del 29 de noviembre de 2006, es un clarísimo ejemplo de la intromisión de la Corte Interamericana en funciones propias del Poder Judicial nacional: “El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de la Cantuta. En particular, [...] no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro [...], ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in ídem [...], o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares” (§ 226, nota omitida). Como se advierte, el párrafo citado también sirve de confirmación de la tendencia punitivista que discutí en el apartado anterior.

⁶⁸ Cf. nota 61.

table si la Corte se limitara a decidir el objeto del proceso internacional, pero se vuelve perverso cuando ese tribunal ordena a un tribunal penal interno tomar una medida procesal concreta que afecta a individuos que no se “allanaron” y no tuvieron participación alguna en el proceso internacional. Un ejemplo es suficiente para mostrar el problema. En el caso *Bulacio contra Argentina*⁶⁹ la Corte Interamericana ordenó al Estado argentino continuar la investigación penal de un hecho seguido contra un policía (Espósito) a pesar de que el término de la prescripción estaba cumplido (con lo cual ordenó una extensión jurisprudencial del plazo de prescripción *ex post facto*, medida que, según la interpretación corriente de la doctrina y la jurisprudencia argentinas, lesiona el principio de legalidad penal), a fin de atender el interés de hacer justicia de los familiares de la víctima. En el caso, la Corte Interamericana constató la responsabilidad internacional de Argentina luego de que ese país se allanara a la demanda, y en la reconstrucción del hecho no tuvo en cuenta prueba de descargo presentada por Argentina antes del allanamiento. Básicamente, la Corte estableció que Espósito había efectuado una serie de articulaciones defensivas que habían impedido que el proceso pudiera avanzar hacia su culminación natural y que dichas dilaciones y entorpecimientos indebidos habían frustrado la protección judicial de las víctimas. El señor Espósito, por supuesto, no tuvo ninguna intervención en el proceso internacional y por ello no pudo discutir ni presentar prueba alguna sobre estas cuestiones. En fin, el Estado se allana en un proceso que lo tiene como parte demandada y paga un imputado que no es parte del proceso. Afortunadamente para el señor Espósito existe el sistema interamericano al cual recurrir por la violación de su derecho de defensa y de legalidad ordenada por la Corte Interamericana y cumplida obedientemente por la Corte Suprema argentina.⁷⁰

Este caso nos muestra que la decisión de la Corte Interamericana tiene en cuenta solamente los argumentos de los sujetos procesales del proceso internacional y no, en cambio, todos los intereses que pueden estar en juego en un proceso interno.⁷¹ Esta ya es una razón de peso para que la Corte no ordene medidas concretas en un proceso interno, pues si ella no ha ponderado los intereses y las posiciones jurídicas de todos los intervinientes de ese proceso, no está en condiciones para decidir sobre ese asunto (quien

⁶⁹ Cf. caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 113-121 y punto 4 de la parte resolutive.

⁷⁰ Véanse mis comentarios a la sentencia *Espósito* de la Corte Suprema argentina, del 23 de diciembre de 2004, en Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., al final de la nota 43 (punto VIII).

⁷¹ El argumento se encuentra en la sentencia de 14 de octubre de 2004 del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1481/04, punto 3.c., número marginal 59).

considera parte de un problema no puede decidir sobre todo el problema), ni tampoco está legitimada a hacerlo respecto a personas que no pudieron exponer sus razones.⁷²

Por otra parte, siempre que la Corte Interamericana ordena a un estado parte, como reparación, una medida que limita un derecho o libertad reconocido en el derecho interno lesiona el artículo 29.b de la Convención Americana (principio *pro hómine*). La Corte hace esto, por ejemplo, cuando prohíbe a los estados invocar reglas del ordenamiento interno que impidan la persecución penal de los autores de graves violaciones de los derechos humanos, tales como el principio de legalidad o el *ne bis in ídem*. Parece que la Corte reconoce un principio superior *pro víctima* que convierte, en ciertos casos, al principio *pro hómine* en uno *contra hómine*.

iii) *Intromisiones en la esfera del poder ejecutivo*. En ocasiones, la Corte ha ordenado al Estado como reparación que implemente ciertas políticas públicas que implican la asignación de importantes recursos estatales en una determinada dirección y que estrictamente no se vinculan con el hecho concreto que origina el deber de reparar.⁷³ Solo con mucho esfuerzo podría sostenerse que la construcción de una red de alcantarillado, de un sistema de agua potable o la mejora de carreteras, para citar unos pocos ejemplos, “reparan” a las víctimas de una masacre.⁷⁴ Además, las autoridades estatales están en mejores condiciones que el tribunal interamericano para determinar si el pueblo o la región

⁷² Otro ejemplo de que la Corte Interamericana no toma todos los intereses del proceso interno se encuentra en el caso *Cantos contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 28 de noviembre de 2002, punto 2 de la parte resolutive, donde ese tribunal ordenó al Estado, entre otras cosas, reducir los honorarios regulados a ciertos profesionales por consultorías realizadas en el marco de un proceso judicial que habían sido fijados en una sentencia de la Corte Suprema. La Corte Interamericana no tuvo en cuenta los intereses de los profesionales, ni discutió posibles argumentos de estos para mantener el monto establecido por la Corte Suprema nacional. La orden de la Corte Interamericana afectó, sin lugar a dudas, el derecho de propiedad y el derecho de defensa de los profesionales. Estos argumentos y la incolumidad de la cosa juzgada interna fueron utilizados por la Corte Suprema argentina para no cumplir con la orden de la Corte Interamericana (sentencia *Cantos*, 21 de agosto de 2003).

⁷³ Por ejemplo, la Corte ha ordenado implementar y desarrollar, en el plazo de cinco años, en ciertas comunidades afectadas por una masacre, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las comunidades afectadas y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas (caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2004, punto 9 de la parte resolutive y § 109-111).

⁷⁴ Por supuesto que el acceso al agua potable debería ser —al igual que el derecho a la alimentación— un derecho humano de toda persona y seguramente es un derecho que puede derivarse del derecho a la vida. Pero si esto es así, es un derecho del que gozan todos los pobladores, independientemente de que habiten en una zona o pueblo que haya sufrido una masacre.

donde habitan los familiares de las víctimas fatales o los sobrevivientes de la masacre necesita tales obras de infraestructura. Y, si ese fuere el caso, se debe aún establecer si no hay que satisfacer necesidades más urgentes en otros pueblos o regiones, y ello solamente lo pueden hacer las autoridades nacionales, que cuentan con mejor conocimiento de la situación del país. En una sociedad de recursos escasos, como lo son muchas de las que integran el sistema interamericano, la realización de una medida que requiere de la inversión de grandes recursos económicos implica la imposibilidad de realizar otras medidas. Por ello, tales obras de infraestructura deberían ser decididas por las autoridades locales, quienes, además de estar en mejor posición para evaluar si la medida es necesaria y si existen otras necesidades prioritarias, tienen la responsabilidad política de proteger y brindar bienestar a *toda* la población de la mejor manera posible con los escasos recursos disponibles. La Corte Interamericana pasa por alto estas cuestiones cuando ordena la ejecución de tamañas obras de infraestructura sin hacer —ni poder hacer— una evaluación precisa de la necesidad y las implicaciones de la medida (a veces la Corte ha determinado la necesidad de una medida de este tipo con base en la declaración de un testigo o una sugerencia de la Comisión Interamericana).⁷⁵ La buena intención de la Corte es indudable, pero en un mundo con recursos limitados una orden de reparar de este tipo podría tener consecuencias negativas en el bienestar de otros sectores de la población. Quizás sea más urgente construir carreteras en otra región o asignar esos recursos para combatir problemas más acuciantes, y la decisión de estas cuestiones corresponde a las autoridades nacionales.

Las fuertes injerencias en ámbitos estrechamente conectados con la soberanía nacional expuestas en los puntos *i*, *ii* y *iii* me persuaden de que la Corte debería ejercer un poco más de autorrestricción en sus condenas a reparaciones. Obviamente con esto no estoy diciendo que la Corte no pueda constatar la responsabilidad internacional de un estado cuando crea que una ley, un proceso o una práctica o medida lesionan la Convención Americana. Es claro que la Corte puede y debe hacer eso y que tal constatación de responsabilidad internacional funcionará, en los hechos, de estímulo para que el estado evalúe la conveniencia de adoptar o derogar una ley, prever un mecanismo para anular los efectos de una sentencia que es contradicha por una decisión del tribunal interamericano, o bien modificar o implementar ciertas prácticas, medidas o políticas públicas. Pero de esto a que la Corte Interamericana pueda ordenar a un parlamento

⁷⁵ Cf. caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2004, § 109.

nacional votar una ley con determinado contenido, a una autoridad judicial nacional tomar una decisión procesal concreta o a una autoridad administrativa implementar una política pública hay una distancia enorme, precisamente la distancia que media entre no confundir la función de un tribunal internacional de derechos humanos con la función de las autoridades legislativas, judiciales y ejecutivas nacionales y la de hacerlo. En cierto sentido, la pretensión de la Corte Interamericana de poder ordenar medidas a los poderes legislativo, judicial y ejecutivo nacionales evidencia una postura neoabsolutista.

5. En las páginas anteriores he intentado mostrar, primero, que la Corte Interamericana por medio de sentencias modificó sustancialmente el derecho interamericano pactado por los estados (activismo judicial); segundo, que ese activismo condujo al abandono de una buena parte de las garantías liberales que servían de límite frente al poder penal del Estado y a la creación de un derecho penal de excepción (punitivización, o bien activismo judicial iliberal y *contra conventionem*); tercero, que, amparada en la cláusula de las reparaciones, ella ha ordenado a los estados la adopción de medidas que inciden sobre ámbitos fuertemente expresivos de la soberanía nacional, y cada vez en mayor medida amenaza con convertirse en una suerte de legislador, juez y administrador supremo de los estados americanos (nacionalización). Estos rasgos ponen en evidencia que el derecho interamericano está librado en buena medida a la sabia *iuris prudentia* de los jueces y esto es un claro signo de un modelo de derecho premoderno.⁷⁶ La Corte Interamericana desconoce el valor de la legalidad y de la seguridad jurídica, adopta posiciones que frontalmente se oponen a las conquistas liberales y subestima el valor del principio democrático y del principio de autogobierno de los pueblos.

⁷⁶ Cf. Luigi Ferrajoli: "Lo Stato di diritto tra passato e futuro", en Pietro Costa y Danilo Zolo: *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Milán: Feltrinelli, 2002, p. 365.

LA OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE DISTINTOS PAÍSES DE AMÉRICA DEL SUR

César Alfonso

RESUMEN. La Convención Americana de Derechos Humanos establece que lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de su competencia contenciosa, vincula al Estado parte en el caso concreto. Algunos estados consideran estas decisiones obligatorias más allá del caso concreto, mientras que otros no lo hacen. El trabajo busca precisar el efecto que se reconoce a estas decisiones en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, mediante una aproximación al derecho interno de estos países y/o a las posturas asumidas a este respecto por órganos estatales.

ABSTRACT. The Inter-American Commission of Human Rights has established that the rulings of the Inter-American Court of Human Rights, within the scope of its contentious jurisdiction, are legally binding for the state parties in individual cases. Some states consider that these decisions are binding beyond the specific case in which they were handed down and others do not. The study seeks to specify the effects acknowledged by Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela, through a revision of the domestic law of those countries and/or the relevant positions adopted by government agencies.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un órgano judicial internacional autónomo creado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH),¹ que posee una competencia consultiva y una competencia contenciosa.²

En virtud de su competencia consultiva, le corresponde a la Corte IDH, a requerimiento de un estado miembro de la OEA,³ interpretar el alcance de las disposiciones de la CADH u otros tratados de derechos humanos, o expresar opiniones acerca de la compatibilidad entre las leyes internas del estado requirente y los mencionados instrumentos internacionales.

Por otra parte la Corte IDH, en el marco de su competencia contenciosa, posee la potestad de declarar, con motivo de la violación de un derecho o libertad consagrados en la CADH, la responsabilidad internacional de un estado,⁴ de disponer en consecuencia que se garantice a la víctima el goce de su derecho o libertad conculcados y, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la vulneración de los derechos, así como el pago de una justa indemnización.⁵ Lo resuelto en estas sentencias vincula a las partes del caso concreto y en particular al estado “condenado”.⁶

Además de esta circunstancia es posible, sin embargo, que algún estado parte de la Convención decida, independientemente de que haya sido parte en el proceso, seguir determinados aspectos de estas decisiones (como por ejemplo, el significado y el alcance que la Corte IDH determina o asigna a las disposiciones de la CADH, mediante la interpretación que realiza de estas).

En el presente informe se pretende así describir la medida en que ciertos estados de América del Sur⁷ consideran necesario el seguimiento, en el ámbito interno, de las interpretaciones de la Corte IDH adoptadas en los casos contenciosos.

Para ello resulta necesario ocuparse, en primer término, de las reglas contenidas en la CADH relativas a la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH, para luego aproximarse al derecho interno de los estados y/o a las posturas asumidas a este respecto por órganos estatales.

¹ Artículo 33 de la CADH.

² Artículos 62.3 y 64.1-2 de la CADH.

³ Pueden consultarse además los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en lo referente a su competencia.

⁴ Más propiamente, aquel estado parte de la CADH que ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.

⁵ Artículo 63.1 de la CADH.

⁶ Artículo 68.1 de la CADH.

⁷ Más precisamente: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

1 • La obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH según el texto de la CADH

El sometimiento de un estado parte de la CADH a la competencia contenciosa de la Corte IDH depende del reconocimiento que este haya efectuado de tal competencia.⁸ Así, aquel estado que la ha reconocido se encuentra comprometido a cumplir la decisión de la Corte IDH cuando él mismo es parte en el caso sometido al conocimiento de esta.⁹

Por otra parte, la CADH no contiene una disposición expresa que establezca que una decisión de esta naturaleza deba surtir algún efecto con respecto a aquellos estados que no han sido parte del proceso en el cual se dictó la sentencia. Se establece solamente que la decisión tomada será “transmitida” a todos ellos.¹⁰

Puede concluirse entonces, atendiendo al texto de la CADH, que el compromiso asumido por los estados consiste en acatar las decisiones recaídas en los casos contenciosos, cuando ellos son parte en tales casos.

Este es el compromiso que rige en principio para los estados, salvo que alguno haya decidido reconocer una obligatoriedad más amplia a estas decisiones, ya sea mediante una norma legal o constitucional interna o mediante alguna doctrina desarrollada por sus órganos.

En lo sucesivo, consecuentemente, se pretende precisar, para cada país, la existencia de una norma legal o constitucional referida a los efectos de la jurisprudencia interamericana y/o la postura sobre el particular eventualmente asumida por órganos estatales.

2 • La obligatoriedad de los fallos desde la perspectiva de los distintos países

2.1. Argentina

La Argentina es parte de la CADH desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia de la Corte IDH en esa misma fecha.¹¹ El ordenamiento jurídico

⁸ Artículo 62.3 de la CADH.

⁹ Artículo 68.1 de la CADH.

¹⁰ Artículo 69 de la CADH.

¹¹ <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>> (25.5.2009).

argentino no contiene una norma legal o constitucional que otorgue expresamente a la jurisprudencia interamericana un efecto más amplio que el previsto en la CADH.¹²

La Constitución de la República Argentina establece en su artículo 75.22, entre otras cosas, que la CADH posee jerarquía constitucional, que no deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que debe entenderse como complementaria de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Se habla, a partir de esta disposición, de la existencia de un reenvío del derecho interno a lo regulado en el derecho internacional,¹³ que en este caso sería lo regulado por el artículo 68.1 de la CADH.¹⁴

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha desarrollado una doctrina¹⁵ según la cual los poderes constituidos argentinos, al interpretar la CADH, deben tener necesariamente en cuenta la interpretación y aplicación que sobre esta realiza la Corte IDH al resolver los casos sometidos a su competencia, independientemente de que el Estado argentino haya sido parte en el proceso ante la Corte IDH.

Esta posición puede verse expresada en las siguientes decisiones del alto tribunal:

En el marco de la causa *Mazzeo*,¹⁶ se expresó que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina como los poderes constituidos argentinos deben guiarse, para la interpretación de la CADH, por la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta constituye “una insoslayable pauta de interpretación” para ellos en el ámbito de su competencia, “a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.¹⁷

En esta misma decisión se cita a la Corte IDH¹⁸ cuando afirma:

[La Corte IDH] es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos

¹² Alfredo M. Vitolo: “La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, <http://jornadas.aadconst.org/ponencias/Alfredo%20Vitolo%20-%20La%20obligatoriedad%20del%20seguimiento%20de%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.pdf> (25.5.2009).

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Véase la sección 2.

¹⁵ A partir del caso *Ekmedjian*.

¹⁶ Sentencia del 13 de julio de 2007 dictada en el recurso de hecho planteado en la causa *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*.

¹⁷ Párrafo 20 (p. 16) de la mencionada sentencia.

¹⁸ Cita textual en el § 21 (pp. 16-17) de la sentencia recaída en el caso *Mazzeo*.

a ella, lo que les 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, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de Convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁹

En la causa *Simón*,²⁰ la Corte Suprema argentina expresó:

[...] tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²¹

En esta misma resolución el tribunal consideró:

[...] la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en “Barrios Altos” al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales [...].²²

Igualmente en la causa *Arancibia Clavel*,²³ en el marco de la resolución de un recurso planteado, el máximo tribunal argentino expresó que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye “una insoslayable pauta de interpretación” para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, “a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.²⁴ En esta oportunidad fueron considerados los fallos de la Corte IDH en los casos *Velásquez Rodríguez contra Honduras*²⁵ y *Barrios Altos contra Perú*.²⁶

¹⁹ Sentencia del 14 de junio de 2005 dictada en el recurso de hecho planteado en la causa *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.*

²⁰ Párrafo 17 (p. 15) de la mencionada sentencia.

²¹ Párrafo 24 (p. 22) de la mencionada sentencia.

²² Sentencia del 24 de agosto de 2004 dictada en el recurso de hecho planteado en la causa *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, causa n.º 259 C.*

²³ Párrafo 60 (p. 103) de la mencionada sentencia

²⁴ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, fondo, sentencia de la Corte IDH, 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4.

²⁵ Caso *Barrios Altos contra Perú*, fondo, sentencia de la Corte IDH, 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75.

²⁶ <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>> (25.5.2009).

2.2. Bolivia

Bolivia es parte en la CADH desde el 19 de julio de 1979 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 27 de julio de 1993.²⁷ El ordenamiento jurídico boliviano tampoco contiene una norma legal o constitucional que otorgue expresamente a la jurisprudencia interamericana un efecto vinculante más amplio que el previsto en la CADH.

La nueva Constitución Política del Estado de Bolivia establece que ella es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa; que 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.²⁸

Por otro lado, dispone que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el estado, que declaren derechos más favorables que los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta.²⁹

La Corte Suprema de Justicia de Bolivia sostuvo en el año 2001 que en la interpretación de estos preceptos convencionales “sirven de guía” los principios sostenidos por la CIDH y la Corte IDH.³⁰

En una decisión más reciente el Tribunal Constitucional boliviano, con cita de una interpretación realizada por la Corte IDH con respecto a la figura del juez natural, afirmó que la jurisprudencia interamericana es “vinculante para la jurisdicción interna”.³¹

2.3. Brasil

El Brasil es parte de la CADH desde el 25 de septiembre de 1992 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 10 de diciembre de 1998.³² En el país no

²⁷ Artículo 410.II de la Constitución Política del Estado de Bolivia.

²⁸ Artículo 256.I de la Constitución Política del Estado de Bolivia.

²⁹ Véase el auto supremo de 10 de enero de 2001, dictado en el marco de la extradición del ciudadano noruego Anthony Johan Pal Strand.

³⁰ Sentencia constitucional 0664/2004-R, del 6 de mayo de 2004, en el recurso de amparo constitucional de Milton Mendoza y otros contra presidente del Tribunal Permanente de Justicia Militar y Sala Penal Primera de la Corte Superior de ese distrito.

³¹ <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>> (25.5.2009).

³² Sentencia del 7 de octubre de 2008; relatora: ministra Ellen Gracie.

existen normas jurídicas expresas referidas a un efecto más amplio de la jurisprudencia interamericana que el regulado en la CADH.

En una decisión relativamente reciente del Supremo Tribunal Federal se menciona que a la CADH le corresponde un lugar específico en el ordenamiento jurídico brasileño. La Convención se sitúa por debajo de la Constitución y por encima de la legislación interna, y en caso de un eventual conflicto entre la Convención y la legislación infraconstitucional esta resulta inaplicable, sea anterior o posterior a la ratificación del convenio.³³

Con respecto a las sentencias de la Corte IDH, se sostiene que estas decisiones no deben ser homologadas internamente, como ocurriría con sentencias extranjeras, sino que en caso de condena de la Corte IDH para el pago de indemnización pecuniaria se deben respetar las disposiciones del derecho interno relativas a la ejecución de sentencia, como si esta fuera dispuesta por un tribunal brasileño. Así, estas decisiones en el Brasil poseen la cualidad de un título ejecutivo y deben tener aplicación inmediata, por lo que solo restaría seguir los procedimientos internos para la ejecución de las sentencias.³⁴

Una referencia expresa a las decisiones de la Corte IDH en casos contenciosos en los que el Brasil no fue parte no pudo ser determinada en el marco de esta investigación.

2.4. Colombia

Colombia es parte en la CADH desde el 31 de julio de 1973, y el 21 de junio de 1985 aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH.³⁵ El orden jurídico colombiano no regula expresamente un efecto más amplio que el establecido en la CADH para las sentencias dictadas por la Corte IDH en los casos contenciosos sometidos a su conocimiento.

La Constitución Política de Colombia establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Se establece igualmente que los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretarán

³³ Valerio de Oliveira Mazzuoli: "As sentenças proferidas por Tribunais Internacionais devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal?"; <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BC223A3B7-AC3B-45B8-9811-9AA657F06153%7D_021.pdf> (25.5.2009).

³⁴ <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>> (25.5.2009).

³⁵ Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.³⁶

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido en algunas decisiones que, de conformidad con esta disposición, los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo,

[...] la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...].³⁷

En términos similares sostuvo este tribunal que a partir del artículo 93 de la Constitución se deriva la obligación de que los derechos y deberes constitucionales se interpreten de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, y que al existir un órgano internacional encargado de interpretarlos, su jurisprudencia constituye un criterio hermenéutico relevante.³⁸

Al conferir la CADH competencia a la Corte IDH para que esta interprete sus disposiciones, el respeto a esta regla de competencia (y así de la convención) determina que, en la interpretación y aplicación de la normativa de este tratado, deba tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte.³⁹

2.5. Chile

Chile es parte en la CADH desde el 21 de agosto de 1990 y ese mismo día reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH.⁴⁰ El ordenamiento jurídico de Chile no contiene una norma legal o constitucional que otorgue expresamente a la jurisprudencia interamericana un efecto vinculante más amplio que el previsto en la CADH.

Es relevante mencionar que, a fin de dar cumplimiento a un fallo de la Corte IDH, Chile tomó la determinación de modificar su Constitución. En efecto, en el marco del caso conocido como *La última tentación de Cristo* la Corte IDH determinó que

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/06.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-010/00, C-406/96, T-568/99 y T-1319/01.

³⁸ Véase Jaime Córdoba Triviño: "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano", <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr12.pdf>>. (25.5.2009).

³⁹ <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>>. (25.5.2009).

⁴⁰ Caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de fondo de la Corte IDH, 5 de febrero de 2001.

por el artículo 19.12 de la Constitución chilena se había violado el artículo 13 de la CADH, y de conformidad con los artículos 1.1 y 2 del tratado entendió, entre otras cosas, que el derecho interno debía adaptarse a este instrumento internacional.⁴¹

El Poder Legislativo chileno, por iniciativa del Ejecutivo, procedió entonces a modificar la norma contenida en el citado artículo. El 10 de julio de 2001 el Congreso Nacional de Chile aprobó el proyecto de reforma constitucional, que fue promulgada e incorporada a la Carta Fundamental el 25 de agosto de 2001 mediante la publicación en el *Diario Oficial de Chile* de la ley n.º 19742.

2.6. Ecuador

El Ecuador es parte de la CADH desde el 28 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH el 24 de julio de 1984. El artículo 24 de la Constitución del Ecuador hace referencia a que la jurisprudencia debe ser considerada al definir las garantías básicas que deben observarse para asegurar el debido proceso.⁴²

En la mencionada disposición se enuncian las garantías que deben observarse para asegurar el debido proceso, e igualmente se establece que esto debe hacerse sin menoscabo de otras garantías que se establezcan en la Constitución, en los tratados internacionales, en las leyes o en la jurisprudencia.⁴³

Como puede apreciarse, no se hace referencia expresa a la jurisprudencia internacional, pero tampoco el texto permite concluir que esta esté excluida del alcance de la disposición.

Por lo demás, no existe una norma expresa sobre el efecto de la jurisprudencia interamericana en los casos contenciosos en los cuales el Ecuador no fue parte.

En lo referente a la relación de la CADH con el sistema jurídico ecuatoriano, la Constitución establece que las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.⁴⁴

Se establece igualmente que se garantizará a todos los habitantes el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en las decla-

⁴¹ Artículo 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

⁴² Ídem.

⁴³ Artículo 163 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

⁴⁴ Artículo 17 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

raciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes;⁴⁵ que los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, los que en esta materia deberán estar a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.⁴⁶

2.7. Paraguay

El Paraguay es parte de la CADH desde el 24 de agosto de 1989 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH en marzo de 1993.⁴⁷ El ordenamiento jurídico paraguayo no contempla una norma que reconozca a la jurisprudencia interamericana una obligatoriedad más amplia que la dispuesta en el artículo 68.1 de la CADH.

En el Paraguay los convenios y acuerdos internacionales pasan a formar parte del derecho interno.⁴⁸ Se establece que la Constitución Nacional es la ley suprema de la República. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía sancionadas en su consecuencia integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.⁴⁹

En algunas decisiones la Corte Suprema de Justicia de Paraguay⁵⁰ ha citado en su argumentación pasajes de decisiones de la Corte IDH dictadas en casos contenciosos en los que el Paraguay no fue parte. En este contexto, el tribunal concede a estas decisiones un valor similar al conferido a la doctrina de los autores.

⁴⁵ Artículo 18 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

⁴⁶ <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>> (25.5.2009).

⁴⁷ Artículo 141 Constitución Nacional:

“De los tratados internacionales

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137”.

⁴⁸ Artículo 137 de la Constitución Nacional.

⁴⁹ Véanse, entre otras, las siguientes decisiones: sentencia n.º 663, del 23 de julio de 2007, en el expediente *Hábeas corpus reparador presentado por el abogado José López Chávez a favor de Lino César Oviedo Silva*; sentencia n.º 1539, del 19 de diciembre de 2006, en el recurso de revisión interpuesto por el abogado Benjamín Riveros en los autos *Bernabé Rojas s/ Homicidio culposo y otro*; sentencia n.º 1474, del 11 de diciembre de 2006, en el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado Carlos Brites Cárdenas en los autos *Enrique García y José Leopoldo Mendoza sobre homicidio culposo*; sentencia n.º 1154, del 15 de diciembre de 2005, en el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado Favio Manuel Ramón Villasboa en la causa *Olimpio Araujo s/ homicidio doloso*; sentencia n.º 1245, del 26 de diciembre de 2005, en el recurso extraordinario de casación interpuesto en los autos *Julio César Sanabria y otros s/ posesión y tráfico de marihuana*.

⁵⁰ Sentencia definitiva n.º 40, del 31 de julio de 2007, del Juzgado de Liquidación y Sentencia N.º 1, en el amparo promovido por *Elizabeth Flores Negri c/ el rectorado de la Universidad Nacional de Asunción*.

Por otro lado, en una resolución relativamente reciente, un juzgado de primera instancia, en el marco de la resolución de un amparo, afirmó el carácter obligatorio de la jurisprudencia interamericana en el ámbito interno con una cita de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*.⁵¹

En la mencionada decisión se expresa, entre otras cosas, que el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte IDH es “[...] una conclusión necesaria de la aplicación de los artículos 26 (buena fe en el cumplimiento de los tratados) y 27 (imposibilidad de alegar disposiciones de derecho interno) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificado por el Paraguay por medio de la Ley 289/71, así como del propio texto constitucional (artículo 143) que acepta el derecho internacional y se ajusta al principio de protección internacional de los derechos humanos[...]”.⁵²

2.8. Perú

El Perú es parte de la CADH desde el 28 de julio de 1978 y el 21 de enero de 1981 aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH.⁵³

El 31 de noviembre de 2004 entró vigencia en el Perú la ley 28237: Código Procesal Constitucional.⁵⁴ De sus primeras disposiciones se desprende que esta legislación tiene por objeto regular los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202.3 de la Constitución.⁵⁵

En este código se establece, además, que los derechos constitucionales protegidos mediante los procesos mencionados en el párrafo precedente deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos y las decisiones adoptadas por tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.⁸

Consecuentemente, por mandato legal expreso, en el Perú la jurisprudencia de la Corte IDH debe ser considerada a la hora de interpretar el contenido de los derechos constitucionales.

⁵¹ Ídem.

⁵² <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>> (25.5.2009).

⁵³ <<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/peru/CPC.PDF>> (25.5.2009).

⁵⁴ Código Procesal Constitucional de Perú, Título preliminar, artículo I (“Alcances”).

⁵⁵ Código Procesal Constitucional de Perú, Título preliminar, artículo V (“Interpretación de los derechos constitucionales”).

El Tribunal Constitucional del Perú, en este sentido, ha expresado en algunas decisiones:

- que el efecto vinculante de las sentencias de la Corte IDH no se limita a su parte resolutive (esta solo alcanza al estado parte del proceso), sino que se extiende a su fundamentación;
- que en virtud de la 4.^a disposición final y transitoria de la Constitución y del artículo 5 del título preliminar del Código procesal constitucional estas sentencias, incluso aquellas dictadas en los casos en los que el Estado peruano no haya sido parte, vinculan a todo poder público;
- que “la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT⁵⁶ 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”, y
- que “[l]a cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT⁵⁷ de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) 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 b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere [...]”.⁵⁸

Esta posición del Tribunal Constitucional sobre el valor de la jurisprudencia interamericana puede observarse ya en fallos anteriores.⁵⁹ Inclusive antes de la vigencia del

⁵⁶ Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de Perú.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Caso *Arturo Castillo Chirinos*, expediente n.º 2730-2006-PA/TC, 21 de julio de 2006.

⁵⁹ Caso *John McCarter*, expediente n.º 0174-2006-PHC/TC, 7 de julio de 2006; caso *César Alfonso Ausin de Irruarizaga*, expediente n.º 8817-2005-PHC/TC, 7 de julio de 2006; caso *Santiago Martín Rivas*, expediente n.º 4587-2004-AA/TC, 29 de noviembre de 2005.

Código Procesal Constitucional, el tribunal peruano ya derivaba este efecto vinculante de las decisiones de la Corte IDH de la 4.^a disposición final y transitoria de la Constitución.

La Constitución peruana establece en esta disposición que las normas relativas a los derechos y a las libertades que ella reconoce “se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.⁶⁰

En algunos fallos⁶¹ puede encontrarse el siguiente razonamiento: de acuerdo con la 4.^a disposición final y transitoria de la Constitución, “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”.⁶²

2.9. Uruguay

Uruguay es parte de la CADH desde el 19 de abril de 1985 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH ese mismo día.⁶³ El ordenamiento jurídico uruguayo no cuenta con una disposición que reconozca un efecto más amplio a la jurisprudencia interamericana que el previsto en la CADH.

Existen decisiones de órganos jurisdiccionales uruguayos en las cuales se invocan y citan fallos de tribunales internacionales, en temas relativos a la imprescriptibilidad de crímenes internacionales, el concepto de delito de lesa humanidad y el principio legalidad.⁶⁴

En estas citas, sin embargo, no se hace referencia a una eventual obligatoriedad del seguimiento de las interpretaciones tomadas por estas instancias.

⁶⁰ Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú.

⁶¹ Caso *Jorge Alberto Cartagena Vargas*, expediente n.º 218-02-HC/TC, 17 de abril de 2002.

⁶² Caso *Alfredo Crespo Bragayrac*, expediente n.º 0217-2002-HC/TC, 17 de abril de 2002.

⁶³ <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>> (25.5.2009).

⁶⁴ José Luis González y Pablo Galain Palermo: “Informe nacional: Uruguay”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional, con informes adicionales de España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg August-Universität Göttingen, 2008, pp. 330-331.

2.10. Venezuela

Venezuela es parte de la CADH desde el 9 de agosto de 1977 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH el 24 de julio de 1981.⁶⁵

La Constitución de Venezuela garantiza el derecho a dirigir peticiones o quejas, con el objeto de solicitar el amparo a los derechos humanos, ante órganos internacionales creados para tales fines, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por ese país. En este contexto se establece la obligación del Estado de adoptar, conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley, las medidas necesarias para cumplir las decisiones emanadas de los mencionados órganos internacionales.⁶⁶

Se garantiza además a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para el Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.⁶⁷

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional. Estos prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio más favorables que las establecidas por la Constitución o la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.⁶⁸

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela ha sostenido que adquieren rango constitucional solo las disposiciones de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, no así fallos, dictámenes o resoluciones de instituciones u organismos prescritos en estos tratados.⁶⁹

En un fallo del año 2003 este tribunal sostuvo, además:

- que corresponde a la Sala Constitucional interpretar, ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, cuál es la disposición más favorable.

⁶⁵ <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>> (25.5.2009).

⁶⁶ Artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁶⁷ Artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁶⁸ Artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁶⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 15 de julio de 2003, <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.htm>> (25.5.2009).

Se trata de una “prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales [...]”;⁷⁰

- que la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenios se refiere a sus normas, y, al integrarse estas a la Constitución, “el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, el intérprete nato de la Constitución de 1999, que es la Sala Constitucional [...]”;⁷¹
- que por encima del Tribunal Supremo de Justicia no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señalen; si este es el caso, las decisiones de estos tendrán aplicación en la medida en que no contradigan las normas constitucionales venezolanas;⁷²
- que “las medidas de cualquier índole destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales, y por ende a la Constitución misma”.⁷³

Concretando la postura del tribunal venezolano, las sentencias de la Corte IDH serían vinculantes en tanto estén conformes con la Constitución, según lo determine el tribunal constitucional de Venezuela. Las decisiones de estos órganos internacionales no son obligatorias, carecen de aplicación o son inaplicables si violan la Constitución.

Esta postura, que ya cuenta con antecedentes en una sentencia del año 2001,⁷⁴ es objeto de crítica. Entre otros conceptos, se afirma que implica un desconocimiento y una denuncia práctica de la CADH.⁷⁵

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Sentencia n.º 1013, del 12 junio de 2001.

⁷⁵ Carlos M. Ayala Corao: “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, <http://www.cecocoh.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_1_hm/la_ejecucion5_1-2007.pdf> (25.5.2009).

3. Conclusión

Según las disposiciones de la CADH, las sentencias de la Corte IDH dictadas en el marco de su competencia contenciosa son de cumplimiento obligatorio para el estado afectado, es decir, para aquel que fue parte en el caso concreto. Al resolver estos casos la Corte IDH interpreta disposiciones de la CADH y de otros textos internacionales vinculados a los derechos humanos.

Esta interpretación es invocada y seguida en algunos estados parte de la CADH —más precisamente por sus autoridades en el ejercicio de su competencia, principalmente tribunales—, aun cuando no hayan sido alcanzados directamente por estas resoluciones.

En el caso peruano rige inclusive, a partir del año 2004, una disposición legal que establece que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos y las decisiones adoptadas por tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que este país es parte.⁷⁶

Este valor de la jurisprudencia de tribunales internacionales, o, más precisamente, de la jurisprudencia interamericana, había sido ya reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú antes de la vigencia de la norma mencionada.

En Ecuador rige, por su parte, una norma constitucional que dispone la relevancia de la jurisprudencia en el momento de definir las garantías básicas que deben observarse para asegurar el debido proceso.⁷⁷

La invocación y el seguimiento de interpretaciones de la Corte IDH puede apreciarse principalmente en el marco de decisiones de tribunales internos, y el valor que se les asigna no es el mismo en todos los países, e incluso puede notarse una diferencia en instancias inferiores y superiores de un mismo país.⁷⁸

Algunos tribunales otorgan implícitamente a la jurisprudencia interamericana un valor similar al conferido a la doctrina de los autores. Es el caso de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay.

⁷⁶ Código Procesal Constitucional de Perú, Título preliminar, artículo V (“Interpretación de los derechos constitucionales”).

⁷⁷ Artículo 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

⁷⁸ Como sería el caso del Paraguay comentado en el punto 3.7.

Otros tribunales afirman que las decisiones de la Corte IDH son “pautas insoslayables” (Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina) o “relevantes” (Corte Constitucional de Colombia) de interpretación para los poderes constituidos.

Por último, existen decisiones en las cuales se afirma que las interpretaciones de la Corte IDH son “vinculantes” u “obligatorias” para los poderes públicos internos. Es el caso de decisiones del Tribunal Constitucional del Perú, de una decisión del año 2004 del Tribunal Constitucional de Bolivia y de una decisión del año 2007 del Juzgado de Primera Instancia de Liquidación y Sentencia N.º 1 de Paraguay.

En el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido que las sentencias de la Corte IDH que afecten a Venezuela son vinculantes mientras no contradigan las normas constitucionales, coherencia que debe ser determinada por el juez constitucional venezolano.

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Lisandro Pellegrini

RESUMEN. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de su función contenciosa, condena a los estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando acredita que en ellos se han violado derechos o libertades reconocidos por la Convención. En el presente trabajo, luego de describir las condiciones a las que está sujeto el ejercicio de esta función jurisdiccional de la Corte, se mencionan cuatro casos de estados que han desconocido sus sentencias condenatorias alegando razones de soberanía o de orden jurídico interno. Tales razones no son válidas como motivo de desconocimiento de esas condenas si el estado consintió previamente la competencia contenciosa de la Corte. Un incumplimiento en esas condiciones representa un nuevo ilícito internacional del estado condenado.

ABSTRACT. The Inter-American Court of Human Rights, exercising its contentious jurisdictions, can issue a judgment against member states of the American Convention on Human Rights when it finds that they have violated rights or freedoms recognised by the Convention. After describing the conditions for exercising the jurisdictional function of the Court, this article mentions four states that have ignored unfavourable judgments of the Court on the grounds of national sovereignty or domestic legal system. These are not valid reasons for ignoring those judgments if the state has previously accepted the contentious jurisdiction of the Court. This non-compliance constitutes a further international offence on the part of that state.

Este trabajo se propone analizar algunas cuestiones relacionadas con el incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) que declaran la responsabilidad internacional de algún estado miembro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención) por la violación de derechos o libertades reconocidos en ese instrumento.

En una primera parte, se hará una mínima referencia a las funciones de la Corte IDH en el sistema interamericano de derechos humanos. Luego se detallarán casos modelo que se han escogido para ejemplificar las distintas respuestas de los estados involucrados frente a sentencias condenatorias de la Corte IDH. Se analizarán seguidamente las reacciones estatales descritas en el punto anterior a la luz de la relación que existe entre la norma de derecho internacional que dispone la inmunidad jurisdiccional de los estados y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH que efectuaron los estados condenados. Finalmente, se extraerán conclusiones.

1.

La Convención asigna a la Corte IDH una función contenciosa o jurisdiccional y otra consultiva.¹ El ejercicio de la primera le permite a la Corte IDH resolver la demanda contra un estado parte por violaciones de derechos o libertades protegidos por la Convención. Si se acredita la violación denunciada, es función de la Corte IDH determinar cuál es el derecho lesionado, restablecer el goce de ese derecho y, *si ello fuera procedente*,² disponer la reparación que corresponda.³ Además, dentro de esta función contenciosa, la Corte IDH tiene la prerrogativa de adoptar, frente a supuestos de extrema gravedad y urgencia, medidas provisionales orientadas a evitar daños irreparables a las personas, aun antes de que se establezca la violación de un derecho o incluso cuando el caso no ha llegado a conocimiento de la Corte IDH.⁴

¹ Artículos 61 a 64 de la Convención y artículo 2 del Estatuto de la Corte IDH.

² Artículo 63.1 de la Convención.

³ La Corte IDH solo deslinda responsabilidad estatal, motivo por el cual todas las medidas de reparación que puede disponer son dirigidas a los estados parte. La Corte IDH carece de jurisdicción para sancionar a personas físicas.

⁴ Si el caso se encuentra sometido al conocimiento de la Corte IDH, las medidas provisionales pueden ser ejercidas de oficio o incluso a instancia de las presuntas víctimas, familiares o representantes legales. Si, en cambio, el asunto no llegó a conocimiento de la Corte IDH, las medidas pueden ser ejercidas a pedido de la Comisión (artículo 25 del Reglamento de la Corte IDH).

La función consultiva, por otro lado, es ejercida por la Corte IDH a través de la emisión de *opiniones consultivas* en las que establece la interpretación de cláusulas de la Convención y de cláusulas de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos. Por este mecanismo la Corte IDH también expresa opinión sobre la compatibilidad entre leyes de los estados parte y los instrumentos internacionales mencionados.⁵

Los únicos sujetos legitimados para disparar la función jurisdiccional de la Corte IDH son los estados parte de la Convención y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH).⁶ Cualquier estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, en cambio, puede solicitar la competencia consultiva de la Corte IDH.

Resta hacer una aclaración central para el objeto de este trabajo. El ejercicio de la competencia contenciosa está supeditado a que los estados involucrados en el caso que conoce la Corte IDH hayan reconocido expresamente su competencia. El otorgamiento de ese consentimiento es el que hace, en términos de la Corte IDH, que “los Estados que participan en el proceso tom[e]n técnicamente el carácter de partes [...] y se compromet[a]n a cumplir con la decisión de la Corte (artículo 68.1 de la Convención)”.⁷

La competencia de la Corte IDH, a su vez, debe reconocerse como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, y tal reconocimiento puede ser incondicional o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos.⁸ Debe verse —y hay aquí un elemento de trascendencia para el análisis de este trabajo— que las únicas condiciones admisibles al reconocimiento de la competencia jurisdiccional de la Corte IDH son aquellas que directamente excluyen de su conocimiento determinado caso (ya sea por cuestiones de tiempo, por razones de reciprocidad o por la exclusión específica de una clase de casos). Ello indica que, una vez satisfechos los

⁵ Artículo 64.1-2 de la Convención. Sobre esta función dijo la Corte IDH: “[E]l artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente. Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención. El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora. Por último, se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales” (OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, serie A, n.º 1, § 14).

⁶ Artículo 61.1 de la Convención.

⁷ Opinión consultiva OC 3/83, del 8 de septiembre de 1983, § 21.

⁸ Artículo 62.1-2 de la Convención.

requisitos para que la Corte IDH se aboque al conocimiento de un asunto, el sistema interamericano no prevé la posibilidad de que los estados condicionen el reconocimiento de la función contenciosa de la Corte IDH según el contenido de sus resoluciones; de ahí la obligatoriedad de pleno derecho de sus decisiones.

Corresponde destacar, por último, que las sentencias que dicta la Corte IDH son definitivas e inapelables y que los estados se comprometen a cumplir sus decisiones en todo caso en el cual sean partes.⁹

2.

En lo que sigue se describen algunos casos que fueron seleccionados como ejemplos de las distintas reacciones que asumieron estados parte de la Convención frente al ejercicio en su contra de la función contenciosa de la Corte IDH.

2.1. Perú

Caso Loayza Tamayo¹⁰

El 17 de septiembre de 1997 la Corte IDH se pronunció sobre el caso de una profesora peruana de la Universidad San Martín de Porres, María Elena Loayza Tamayo, quien fue arrestada el 6 de febrero de 1993 por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú. El motivo de su detención fue que, un día antes de su arresto, una persona la había denunciado en el marco de la Ley de Arrepentimiento del Perú. Loayza Tamayo fue detenida sin orden expedida por la autoridad judicial competente y como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso. En la División Nacional contra el Terrorismo estuvo varios días incomunicada, y fue objeto de torturas y abusos sexuales. Recién a los veinte días de su detención fue puesta a disposición del Juzgado Especial de la Marina. Luego de muchos vaivenes procesales,¹¹ la justicia militar peruana la absolvió por el delito de traición a la patria y ordenó remitir el caso al fuero común para el estudio del delito de terrorismo. A Loayza

⁹ Artículos 67 y 68.1 de la Convención.

¹⁰ Corte IDH, caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997 (fondo).

¹¹ En el fuero privativo militar se la procesó por el delito de traición a la patria, en el Juzgado Especial de Marina, integrado por jueces militares sin rostro, por sentencia del 5 de marzo de 1993, se la absolvió. El Consejo de Guerra Especial de Marina, en alzada, mediante sentencia del 2 de abril de 1993, la condenó (véase el punto III.3.e de la sentencia citada en la nota anterior).

Tamayo se la mantuvo detenida durante el período transcurrido entre la sentencia del tribunal militar y el decreto de detención del fuero ordinario (entre el 11 de agosto y el 8 de octubre de 1993), aun cuando durante ese período su situación procesal había sido la de *detenida absuelta no procesada ni condenada*. En la jurisdicción ordinaria se la procesó por el delito de terrorismo y el 10 de octubre de 1994 un *tribunal sin rostro* la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad. Durante todo el trámite procesal (militar y civil) María Elena Loayza Tamayo permaneció encarcelada.

La Corte IDH llegó a la conclusión de que Perú había violado el derecho a la libertad personal, a la integridad personal y las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo, por lo que ordenó la libertad de la imputada en un plazo razonable y el pago de una justa indemnización a la víctima y a sus familiares.¹²

El 16 de octubre de 1997 Perú puso en libertad a María Elena Loayza Tamayo y cumplió de ese modo con una parte de la sentencia.¹³

Caso Castillo Petruzzi¹⁴

El 30 de mayo de 1999 la Corte IDH se expidió en este caso con relación a la situación de cuatro ciudadanos chilenos que habían sido procesados en el estado peruano por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al decreto-ley 25659; norma que la Corte IDH ya había descalificado al pronunciarse en el caso *Loayza Tamayo*.¹⁵

Luego de enunciar los artículos de la Convención que el estado peruano había violado en el caso, la Corte IDH declaró la invalidez del proceso seguido a los cuatro individuos chilenos (Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción

¹² El monto de la indemnización compensatoria fue posteriormente fijado por la Corte IDH en USD 167.190,30 (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998, reparaciones y costas). Además de esta indemnización compensatoria, la Corte IDH dispuso medidas de restitución —entre las que se encontraban las medidas necesarias para reincorporar a Loayza Tamayo al servicio docente en instituciones públicas— y de reparación —orientadas a que los decretos-leyes 25475 (delito de terrorismo) y 25659 (delito de traición a la patria) del Perú se conformaran a la Convención—. Se decidió también, entre otras cosas, que el Estado peruano debía investigar los hechos del caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de tal obligación.

¹³ La segunda parte de la sentencia, relativa a la indemnización, no era aún operativa pues se encontraba abierto el proceso para su determinación definitiva —el que recién se cerró con la sentencia aludida en la nota anterior.

¹⁴ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, fondo, reparaciones y costas.

¹⁵ Véase supra, nota 12.

Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez). La Corte IDH, no obstante, no ordenó la libertad de estas personas sino que permitió que Perú las mantuviera privadas de su libertad con el fin de someterlas a un nuevo juicio en el que se les garantizara la plena observancia del debido proceso legal.¹⁶

Perú, que en la época del dictado de esta sentencia no había dado todavía cumplimiento a la indemnización del caso *Loayza Tamayo*, aprovechó esta nueva condena para disparar¹⁷ un proceso que terminaría con el desconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH.

En efecto, fue primeramente la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar la que, el 11 de junio de 1999, emitió una resolución que declaró inejecutable esta sentencia condenatoria. La Sala Plena, con base en la consideración de que la Convención estaba subordinada a la Constitución de Perú, dijo que la Corte IDH había incurrido en un exceso en su competencia funcional al analizar la compatibilidad de leyes peruanas con la Convención. Expresó, en ese sentido, que el fallo “carec[ía] de imparcialidad y vulner[ba] la Constitución Política del Estado, siendo por ende de imposible ejecución”.¹⁸ La desobediencia también se fundó, por un lado, en el hecho de que con un nuevo juzgamiento de los acusados se llegaría a las mismas conclusiones, con el grave inconveniente de que el transcurso del tiempo podía hacer ineficaz la acción de la justicia. Por otro, en que se corría el riesgo de que otros terroristas condenados por traición a la patria en el fuero militar se valieran de esa sentencia para recurrir a la jurisdicción interamericana.

Tres días después de la resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar —el 14 de junio de 1999—, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú

¹⁶ En la misma sentencia la Corte IDH también ordenó, por un lado, la adopción de las medidas apropiadas para reformar las normas que habían sido mencionadas en el pronunciamiento como violatorias de la Convención y, por otro, el pago de una suma total de USD 10.000,00 a los familiares de las víctimas que acreditaran las erogaciones correspondientes a los gastos y las costas del caso.

¹⁷ Douglass Cassel interpreta que Fujimori ya había decidido desconocer formalmente la competencia de la Corte IDH con la sentencia del caso *Loayza Tamayo*. Explica que el entonces presidente de Perú soportó dicha sentencia sin cumplir pero sin desafiar abiertamente la orden de la Corte IDH. Esperaba, entonces, los resultados del caso *Castillo Petrucci*, que se encontraba pendiente de resolución ante el mismo tribunal interamericano. Con la emisión de la sentencia de este último caso Fujimori encontró, a criterio de Cassel, una vía políticamente más llamativa para desafiar a la Corte IDH. Cuatro terroristas de nacionalidad chilena, supuestos miembros del grupo Tupac Amaru, no tenían la menor popularidad en Perú. Fue entonces que, explica Cassel, Fujimori anunció que no podía cumplir con el mandato de la Corte IDH sin correr el riesgo de liberar a terroristas detenidos y un retorno a la violencia que había hecho cesar solo a fuerza de juicios militares y otras medidas de emergencia (véase Cassel Douglass: “El Perú se retira de la Corte, ¿afrontará el reto el sistema interamericano de derechos humanos?”, en *Revista IIDH*, n.º 29, San José, IIDH, 1999, pp. 69-95).

¹⁸ Véase el comunicado de prensa de la Corte IDH, CDH-CP 17/99, del 17 de noviembre de 1999, <https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/corteidh/aldia/cp_17_99.html>.

también declaró inejecutable la sentencia sobre indemnizaciones y reparaciones en el caso *Loayza Tamayo*, dictada por la Corte IDH el 27 de noviembre de 1998. En esta ocasión, el argumento de base de esta Sala de la Corte Suprema para desconocer la sentencia de la Corte IDH fue que la demanda ante ese tribunal era improcedente en tanto los peticionantes no habían agotado los recursos internos.¹⁹

Como consecuencia de estos pronunciamientos, el Consejo de Ministros, con fecha 5 de julio de 1999, acordó proceder al retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH y puso la cuestión a consideración del Congreso. El Poder Legislativo no tardó en acompañar a los demás poderes del Estado. El 8 de julio de 1999 aprobó, mediante resolución legislativa 27152, el retiro de la competencia. Este se presentó con el objetivo de que produjera efectos inmediatos y se aplicara a todos los casos en que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte IDH.

Poco más de un año después del retiro del reconocimiento de la competencia de la Corte IDH, Alberto Fujimori abandonó el gobierno de Perú.²⁰ La persona que lo sucedió transitoriamente en la cabeza del Poder Ejecutivo fue Valentín Paniagua Corazao. Este último designó como presidente del Consejo de Ministros y ministro de Relaciones Exteriores a quien había sido secretario general de la Organización de Estados Americanos, Javier Pérez de Cuellar, y dio de este modo una señal inequívoca acerca de cuál sería la futura actitud de Perú respecto de la Corte IDH.²¹ En efecto, el 12 de enero de 2001, el Parlamento peruano adoptó la resolución legislativa 27401, mediante la cual derogó la resolución legislativa 27152 y encargó al Poder Ejecutivo

¹⁹ Véase el comunicado de prensa de la Corte IDH, CDH-CP 18/99 del 17 de noviembre de 1999, <https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/corteidh/aldia/cp_18_99.html>. Corresponde aclarar que este argumento, relativo al agotamiento de la jurisdicción interna, había sido esgrimido por el Estado peruano en dos ocasiones durante la tramitación del caso ante la Corte IDH. El 24 de marzo de 1995, Perú ya había opuesto una excepción preliminar por “falta de agotamiento de vías previas en la jurisdicción interna” —que fue desestimada el 31 de enero de 1996—, y al momento de alegar en el procedimiento sobre el fondo del asunto solicitó la “improcedencia de la demanda por el no agotamiento de los recursos internos” —alegado que fue desestimado en la sentencia de fondo dictada el 17 de septiembre de 1997 por ser “notoriamente improcedente”—. A su vez, el 2 de marzo de 1999 el Estado peruano presentó, de acuerdo con el artículo 67 de la Convención, una demanda de interpretación de la sentencia sobre reparaciones. Esta circunstancia quizás abone la hipótesis de Douglass Cassel —mencionada supra— relacionada con el hecho de que el Estado ya había decidido desconocer las decisiones de la Corte y solo estaba esperando la oportunidad políticamente más viable para hacer pública esa postura.

²⁰ Fujimori abandonó el gobierno de Perú el 19 de noviembre de 2000, tan solo cuatro meses después de asumir su tercer mandato y en medio de una crisis política y económica signada por graves hechos de corrupción.

²¹ El 31 de enero de 2001, en la ciudad de Washington, César Gaviria Trujillo —entonces secretario general de la OEA— calificó al gobierno de Paniagua como “un gobierno pulcro, de corte democrático, respetuoso de los derechos de todos y claramente comprometido con el cumplimiento de los compromisos internacionales del país. La presencia de Don Javier Pérez de Cuellar al frente de la Cancillería le ha dado brillo a esta nueva etapa democrática en la vida institucional del país” (<<http://www.oas.org/speeches/speech.asp?sCodigo=02-0065>>).

todas las acciones necesarias “para dejar sin efecto los resultados que haya generado dicha Resolución Legislativa, restableciéndose a plenitud para el Estado peruano la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Esta postura, adoptada a partir de 2001, comenzó a consolidarse cuando, a través de la ley 27775, se declaró de interés nacional “el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política”.²² La ley estipula reglas para la ejecución de sentencias supranacionales y dispone, incluso, una partida de fondos para atender exclusivamente el pago de sumas de dinero impuesto por sentencias de tribunales internacionales por violaciones a los derechos humanos.

Continuó ese proceso de consolidación de la postura peruana frente a la jurisdicción internacional con la sanción del Código Procesal Constitucional de Perú (ley 28237, de mayo de 2004). En el título X de este código, bajo el título “Jurisdicción Internacional” y con remisión a la ley 27775, se dispone que las resoluciones de los organismos internacionales cuya competencia haya reconocido Perú no requieren, para su validez y eficacia, reconocimiento, revisión ni examen previo alguno.²³

2.2. Venezuela

Caso Apitz Barbera²⁴

Los ex jueces Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera integraban la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela hasta que, el 30 de octubre de 2003, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ) de ese país los destituyó de sus cargos “por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa”.

²² Artículo 1.

²³ El artículo 115 dice: “[...] las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley n.º 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”.

²⁴ Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) contra Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

En su demanda ante la Corte IDH, la Comisión IDH indicó que “la destitución por dicho error resulta[ba] contraria al principio de independencia judicial pues atenta[ba] contra la garantía de fallar libremente en derecho y que se los destituyó por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable cuando lo que existía era una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada”. También indicó:

La Corte Primera ha adoptado decisiones que generaron “reacciones adversas por parte de altos funcionarios del Poder Ejecutivo” y un “conjunto de indicios” permite inferir que el órgano que ordenó la destitución carecía de independencia e imparcialidad y que dicha destitución obedecía a una “desviación de poder” que se explicaría en la “relación de causalidad [que existiría] entre las declaraciones del Presidente de la República y altos funcionarios del Estado por los fallos contrarios a intereses del gobierno y la investigación disciplinaria que fue impulsada y que devino en la destitución de las víctimas”.²⁵

El 5 de agosto de 2008 la Corte IDH se expidió. Dijo en su resolución haber constatado:

[...] el propio Poder Judicial venezolano ha condenado la omisión legislativa en la adopción del Código de Ética. Dicha omisión ha influido en el presente caso, puesto que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional que no tiene una estabilidad definida y cuyos miembros pueden ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ. En definitiva, si bien en este caso no ha quedado demostrado que la CFRSJ haya actuado en desviación de poder, directamente presionada por el Ejecutivo para destituir a las víctimas, el Tribunal concluye que, debido a la libre remoción de los miembros de la CFRSJ, no existieron las debidas garantías para asegurar que las presiones que se realizaban sobre la Corte Primera no influenciaran las decisiones del órgano disciplinario.²⁶

Concluyó la Corte IDH que la CFRSJ no era un tribunal imparcial e independiente y, en función de otros aspectos del caso, declaró que a los jueces destituidos se les habían violado los derechos a ser oído en un plazo razonable y a un recurso sencillo, rápido y efectivo. Dispuso, en consecuencia, que el Estado venezolano debía indemnizar por concepto de daño material, inmaterial, reintegro de costas y gastos; reintegrar al Poder Judicial a los señores Apitz Barbera y Rocha Contreras y a la señora Ruggeri Cova —si

²⁵ Ídem, § 2.

²⁶ § 147 de la sentencia.

estos así lo deseaban— y adoptar dentro del plazo de un año las medidas necesarias para la aprobación del código de ética del juez y la jueza venezolanos.

El 9 de diciembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró inejecutable este fallo de la Corte IDH y solicitó al Poder Ejecutivo la denuncia de la Convención.²⁷

El primer punto en el que hizo pie esta decisión fue el artículo 23 de la Constitución venezolana,²⁸ disposición que, si bien otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, supedita su prevalencia en el orden interno a que sus normas sean más favorables que las establecidas por esa Constitución y las leyes de Venezuela. A partir de ese precepto el tribunal interpretó que debe ser el Poder Judicial venezolano el que resuelva un caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Constitución y una norma del pacto.²⁹

Más allá de esta antinomia que a juicio del tribunal venezolano se suscitaba en el caso, y con respecto a la orden de adoptar medidas para sancionar el código de ética, en la sentencia nacional también se criticó el hecho de que la Corte IDH haya intervenido “inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999”.³⁰

²⁷ Expediente n.º 08-1572. La sentencia se integra con un voto mayoritario firmado por cinco magistrados, un voto concurrente y uno disidente.

²⁸ Su texto es el siguiente: “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 por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

²⁹ Al respecto, y con cita de una sentencia anterior del mismo tribunal (1309/2001, de la misma Sala), se dijo: “[...] el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione). [...] en este orden de ideas, 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. [...] no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución y [...] son inaceptables las teorías que pretenden limitar ‘so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional’. Seguidamente, con referencia a otra sentencia del mismo tribunal (1265/2008), la Sala resumió su postura de fondo en el caso al expresar: “[...] en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, ‘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 [...]”.

³⁰ Se citaron las normas que regulan la administración, el gobierno y la autonomía del Poder Judicial venezolano (artículos 254, 255 y 267 de la Constitución).

La inaceptable invasión a la que se hizo referencia emerge del hecho de que, a criterio del tribunal, son las normas de derechos humanos las que gozan de jerarquía constitucional en el orden jurídico interno venezolano, no así las opiniones de los organismos internacionales que se efectúen de acuerdo con sus interpretaciones sobre dichas normas. Afirmó el tribunal, entonces, que la Sala Constitucional es la única y nata intérprete de esas normas con miras al derecho venezolano, según el artículo 335 de la Constitución de 1999.

En torno al deber de reincorporar a los jueces destituidos, afirmó la sala que la Corte IDH desconoció las decisiones que habían adquirido fuerza de cosa juzgada. No opuso en este punto un argumento de fondo —relativo a una contradicción sustancial entre la decisión nacional de destitución y la internacional de reincorporación—, sino que alegó que los jueces no habían instado o habían desistido posteriormente de los recursos administrativos o judiciales que preveía el ordenamiento para atacar los actos de destitución.³¹

Finalmente, con cita del pronunciamiento del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú en el caso *Castillo Petruzzi*, el tribunal venezolano dijo:

No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno.

2.3. Trinidad y Tobago

Caso James³²

Los señores Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony García y Christopher Bethel se encontraban sentenciados a muerte por el estado de Trinidad y Tobago. En sus nombres y ante la Comisión se efectuaron presentaciones orientadas a lograr la adopción de medidas provisionales que suspendieran sus ejecuciones de muerte hasta tanto la Corte IDH pudiera evaluar si en sus respectivos casos el Estado había violado derechos reconocidos por la Convención.

³¹ La cuestión de la falta de agotamiento de los recursos internos, dijo la sala, fue “por demás omitida en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

³² Corte IDH, caso *James y otros*, sentencia sobre medidas provisionales, 14 de junio de 1998.

La Comisión, el 22 de mayo de 1998, sometió ante la Corte IDH una solicitud de medidas cautelares, y el 29 de agosto del mismo año la Corte IDH resolvió la cuestión. Expresó en la ocasión:

[...] si el Estado ejecuta[ra] a las presuntas víctimas, causaría una situación irremediable e incurriría en una conducta incompatible con el objeto y fin de la Convención, al desconocer la autoridad de la Comisión y afectar seriamente la esencia misma del sistema interamericano.

En consecuencia, ordenó a Trinidad y Tobago la adopción de todas las medidas necesarias para preservar la vida e integridad física de los condenados a muerte a fin de no obstaculizar la tramitación de sus casos ante el sistema americano. Ordenó también la presentación, dentro de los quince días posteriores, de un informe sobre las medidas tomadas en cumplimiento de dicha resolución.

Solicitud de medidas provisionales de idénticas características siguieron llegando a conocimiento de la Corte IDH con relación a otras personas también condenadas a muerte por Trinidad y Tobago. Así fue que, en diciembre de 2003, la Corte IDH ya había ordenado al Estado la adopción de estas mismas medidas provisionales respecto de treinta y siete personas más.³³ Al igual que en el primero de los pronunciamientos, la Corte IDH requirió informes a Trinidad y Tobago respecto de cada una de las medidas provisionales que debían adoptarse para preservar la vida de las personas cuya ejecución se había ordenado.

Lo cierto es que cuatro días después de que la Comisión enviara su primera solicitud de medidas provisionales a la Corte IDH —esto es, el 26 de mayo de 1998—, el Estado de Trinidad y Tobago presentó su denuncia a la Convención con el objeto de que esta se hiciera efectiva un año más tarde. A partir de ese momento Trinidad y Tobago no solo alegó “razones de orden interno”³⁴ para desconocer las órdenes relativas a las medidas provisionales de los casos antes indicados, sino que el Estado ni siquiera asistió a las audiencias a las que la Corte IDH fue convocándolo junto con la Comisión.³⁵

³³ A través de resoluciones del 29 de agosto de 1998, 25 de mayo de 1999, 27 de mayo de 1999, 25 de septiembre de 1999, 16 de agosto de 2000, 24 de noviembre de 2000, 26 de noviembre de 2001 y 3 de septiembre de 2002.

³⁴ Según escritos presentados por Trinidad y Tobago ante la Corte IDH los días 29 y 30 de junio, 8, 15 y 28 de julio de 1998 (señalados en la sentencia de la Corte IDH del 2 de diciembre de 2003).

³⁵ En la sentencia del 14 de junio de 1998, por ejemplo, la Corte convocó a Trinidad y Tobago y a la Comisión a una audiencia que se llevaría adelante el 28 de agosto de 1998, a las 10 horas. Dijo al respecto la Corte IDH que era “conveniente escuchar en audiencia pública los alegatos del Estado y la Comisión respecto del presente

Trinidad y Tobago continuó desacatando toda convocatoria, solicitud u orden que proviniera de la Corte IDH.³⁶ A raíz de esta actitud la Corte IDH informó a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos:

La República de Trinidad y Tobago, Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no ha dado cumplimiento a sus decisiones respecto de las medidas provisionales adoptadas en el caso James y otros, por lo que solicita que la Asamblea General inste a la República de Trinidad y Tobago a cumplir con las resoluciones de la Corte.³⁷

No hubo pronunciamientos de la Asamblea General al respecto.

2.4. Argentina

Caso Cantos³⁸

En marzo de 1972, la Dirección General de Rentas de la provincia de Santiago del Estero, con motivo de una presunta infracción a la ley de sellos, realizó una serie de allanamientos en las dependencias administrativas de empresas que pertenecían a José María Cantos. En la ocasión se secuestró, sin inventariar, la totalidad de la documentación contable, comprobantes y recibos de pago, así como también numerosos títulos valores y acciones mercantiles. Tales allanamientos le produjeron a Cantos un perjuicio económico, dado que la falta de los documentos correspondientes impidió que sus empresas operaran y opusieran defensas ante ejecuciones judiciales de terceros que exigieron el pago de obligaciones ya canceladas.

En el año 1982 el gobierno de Santiago del Estero acordó una indemnización para Cantos. Dicho acuerdo fue incumplido por el gobierno santiagueño, motivo por el cual Cantos formuló una demanda contra el estado provincial y nacional. Esta fue rechazada por la CSJN el 3 de septiembre de 1996, ocasión en la que además se impuso a Cantos el pago de las costas del juicio, que ascendían a los ciento cuarenta millones de dólares estadounidenses (USD 140.000.000).

asunto". El Estado de Trinidad y Tobago, por su parte, hizo saber el 12 y el 27 de agosto de ese año que "declinaba la convocatoria de la Corte para participar en la audiencia pública, a la cual no asistiría" (véase la sentencia de la Corte IDH del 2 de diciembre de 2003, punto 4).

³⁶ De hecho, Anthony Briggs fue ejecutado el 22 de junio de 1999, pese a que el 25 de mayo la Corte IDH había ordenado medidas cautelares orientadas a preservar su vida (véase <<http://www.amnesty.de/umleitung/2005/amr49/012?lang=de%26mimetype%3Dtext%2Fhtml>>).

³⁷ Corte IDH, caso *Caesar contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, voto razonado del juez Manuel E. Ventura Robles, § 6.

³⁸ Corte IDH, caso *Cantos contra Argentina*, sentencia del 28 de noviembre de 2002 (fondo, reparaciones y costas).

El 28 de noviembre de 2002, la Corte IDH resolvió que Argentina debía abstenerse de cobrar a Cantos las costas aludidas —y asumir el Estado ese pago luego de fijar montos razonables—. a la vez que dispuso que debían levantarse los embargos, la inhibición general y todas las medidas que habían sido decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales de la víctima. Estableció también que debía pagarse a los representantes de Cantos quince mil dólares estadounidenses (USD 15.000) por los gastos del proceso internacional y que el Estado nacional tenía el deber de informar cada seis meses las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la sentencia.

La CSJN rechazó el pedido de implementación de medidas orientadas a dar cumplimiento a lo resuelto en el caso por la Corte IDH, efectuado por el procurador del Tesoro de la Nación.³⁹ Los jueces Petracchi y López hicieron especial hincapié en el valor de la cosa juzgada y expresaron:

[...] la protección de los derechos humanos se puede concretar mediante la reforma de las normas constitucionales o legales que aseguran su respeto, pero nunca mediante actos que impliquen la violación del orden jurídico interno. El aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación.⁴⁰

Los jueces Fayt y Moliné O'Connor expresaron que lo ordenado por la Corte IDH implicaba “infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional que amparan los derechos cuya titularidad corresponde a diversos profesionales que ha[bían] intervenido en la causa”.

Los ministros Maqueda y Boggiano, con votos distintos, fundaron la posición contraria. El último de los mencionados, con base en la afirmación de que los estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH en todo caso en que sean partes (artículo 68.1 de la Convención), manifestó:

[Corresponde que] la Administración Federal de Ingresos Públicos se abstenga de ejecutar la tasa de justicia y la correspondiente multa por falta de pago y que el Estado nacional

³⁹ CSJN, resolución 1404/2003, del 21 de agosto de 2003.

⁴⁰ Estas afirmaciones resultan compatibles con la postura mayoritaria de la CSJN en el caso *Claudia Beatriz Acosta* (Fallos 321: 3555), en el que se dijo: “[...] la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales —equiparable al recurso de revisión—, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional” (considerando 13).

asuma el pago de los honorarios de los peritos y profesionales que representaron a los demandados.

Caso Bulacio⁴¹

El 19 de abril de 1991 la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva —o *razzia*— de más de ochenta personas en la ciudad de Buenos Aires.⁴² Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, de 17 años de edad. Luego de su detención Bulacio fue trasladado a la *sala de menores* de la Comisaría 35.^a de la Policía Federal Argentina, cuyo comisario a cargo era Miguel Ángel Espósito. En el lugar Bulacio fue golpeado por agentes policiales, circunstancia que le produjo lesiones que una semana más tarde causaron su muerte.

El 20 de marzo de 1992 se ordenó la prisión preventiva del comisario Espósito por el delito de privación ilegítima de la libertad en perjuicio de Walter David Bulacio. En mayo del mismo año la sala de la cámara de apelaciones que conoció en el caso revocó esa decisión con fundamento en que, entre otros motivos, la acción por la que se estaría responsabilizando al imputado “se ajust[aba] a las prácticas habitualmente vigentes”. En agosto de 1992 se sobreseyó provisionalmente a Espósito. Recursos de la querrela habilitaron la intervención de la CSJN en el asunto, oportunidad en la cual el máximo tribunal argentino ordenó la reapertura de la investigación. No obstante, poco más de ocho años después, la cámara de apelaciones declaraba extinguida por prescripción la acción penal en el caso.

Antes de que la CSJN revisara la declaración de prescripción de la cámara de apelaciones, la Comisión sometió el caso al conocimiento de la Corte IDH y el 18 de septiembre de 2003 se pronunció la sentencia respectiva. En primer lugar, la Corte IDH aceptó el reconocimiento de responsabilidad internacional que había efectuado el Estado argentino y aprobó el acuerdo sobre el fondo y algunas reparaciones que habían suscrito el Estado, la Comisión y los familiares de la víctima.

Lo que reviste mayor interés con relación al objeto de este trabajo es lo resuelto por la Corte IDH en lo relativo al deber argentino de “proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos”. Con respecto a este punto, la Corte IDH expresó:

⁴¹ Corte IDH, caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003.

⁴² Estas detenciones se producían sin que se abrieran causas penales y sin hacerles saber los motivos a los detenidos. En el caso de los menores tampoco se notificaba al juez de menores de turno, tal como estipulaba la ley 10903.

En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno [...], este Tribunal ha señalado 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 de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.⁴³

A diferencia de lo ocurrido en el caso *Cantos*,⁴⁴ la CSJN acató decididamente las órdenes de la Corte IDH en este caso. En efecto, el 23 de diciembre de 2004 la CSJN revocó la resolución mediante la cual se había declarado la extinción por prescripción de la acción penal respecto de Miguel Ángel Espósito. La CSJN adoptó tal decisión tras reconocer primeramente que si bien, por regla, no estaban dados los requisitos para que entrara a conocer en el asunto,⁴⁵ el rechazo del recurso implicaba el cierre del proceso y ello contravenía la decisión de la Corte IDH, que había ordenado la prosecución de la investigación y declarado la responsabilidad internacional del Estado argentino por la deficiente tramitación de ese expediente.⁴⁶

La ejecución de la decisión del tribunal internacional por la CSJN implicó la aplicación en el ámbito nacional del orden de prevalencia que la Corte IDH había establecido entre los derechos en pugna del caso: el de la víctima o sus familiares a conocer la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los responsables, y el del imputado a la defensa y a ser juzgado en un plazo razonable.

No caben dudas, por otra parte, de que ese orden de prevalencia de derechos era ajeno al criterio de la CSJN en el caso, en tanto esta hizo expresa mención a que no se compartían las restricciones a los derechos del imputado que se efectuaban para asegurar los derechos del acusador con fundamento en que se había constatado una violación a los derechos humanos. Del mismo modo, la CSJN también mencionó que los hechos, en principio, no podrían considerarse alcanzados “por las reglas de derecho

⁴³ § 116 de la sentencia.

⁴⁴ La diferencia entre ambos supuestos bien podría explicarse por el hecho de que en el caso *Bulacio* la declaración de extinción por prescripción de la acción penal no había adquirido la fuerza de la cosa juzgada, en tanto la Corte IDH se expidió antes de que la CSJN se pronunciara en el marco de la queja que tenía pendiente de resolución.

⁴⁵ Dado que el recurrente había limitado sus agravios a la mera discrepancia con lo resuelto por la cámara de apelaciones sobre temas no federales.

⁴⁶ CSJN, E. 224, XXXIX, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, del 23 de diciembre de 2004, considerando 5 del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni.

internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad (Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, Ley 24.556, Art. VII, y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, Ley 24.584)⁴⁷.

En concreto, el acatamiento de la decisión del tribunal internacional por la CSJN, a pesar de los reparos efectuados por algunos de sus jueces, es producto de la interpretación de que el ámbito de decisión de los tribunales argentinos estaba restringido, al menos si lo que se pretendía era evitar un nuevo ilícito internacional. Esta circunstancia, claro está, denota la fuerza que la CSJN asignó al deber de cumplir las sentencias de la Corte IDH (artículo 68.1 de la Convención).

3.

En los casos expuestos precedentemente se observan las distintas reacciones de los estados de Perú, Trinidad y Tobago, Venezuela y Argentina frente a sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que se les ordenó el cumplimiento de medidas de reparación tras haberlos considerado internacionalmente responsables por la violación de algún derecho o libertad reconocido por la Convención.

Un primer análisis de las situaciones descritas permite concluir que los estados de Perú —en los casos *Loayza Tamayo* y *Castillo Petruzzi*—, Trinidad y Tobago —en el

⁴⁷ Voto de los jueces Petrachi y Zaffaroni, considerando 10. Esta postura de la CSJN con respecto al hecho de que sucesos de estas características no resultan alcanzados por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad fue reiterada en ocasión de fallar en la causa D 1682, XL, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal —causa n.º 24.079—*. Los hechos de este caso consistían en que Juan Francisco Bueno Alves habría sido víctima de una detención ilegal, aplicación de golpes y privación de medicamentos en el ámbito de la División Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal. El autor de estos hechos habría sido el policía René Jesús Derecho, respecto de quien se había declarado la extinción de la acción penal por prescripción y tal decisión había sido recurrida ante la CSJN. La Corte IDH también se pronunció en el caso y —en lo que ahora interesa— decidió que el Estado argentino debía realizar las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley preveía (Corte IDH, caso *Bueno Alves contra Argentina*, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007). A diferencia del caso *Bulacio* —en el que la Corte IDH había dicho que la prescripción era un obstáculo de derecho interno inoponible a la obligación de investigar y sancionar al responsable de la violación de los derechos humanos—, en el caso *Bueno Alves* se limitó a instar la investigación correspondiente (sin ninguna remisión a cuestiones de prescripción), y aclaró incluso, como ya se transcribió, que debían aplicarse “las consecuencias que la ley preveía”. En este caso la CSJN no se vio limitada en su ámbito de decisión y resolvió el asunto con remisión al dictamen del procurador general, que proponía confirmar la prescripción de la acción penal respecto del imputado en tanto los hechos del caso no resultaban subsumibles en la categoría de los delitos de lesa humanidad y, consiguientemente, fuera del alcance de las reglas de derecho internacional sobre imprescriptibilidad.

caso *James*—, Venezuela —en el caso *Apitz Barbera*— y Argentina —en el caso *Cantos*— incumplieron las órdenes de la Corte IDH, desobediencia de la cual habría derivado, nuevamente, responsabilidad internacional de esos países.

Tal conclusión tiene como base las siguientes premisas:

- a. Los cuatro estados mencionados reconocieron expresamente la competencia contenciosa de la Corte IDH en los términos del artículo 62.1 de la Convención.⁴⁸
- b. De acuerdo con esa competencia jurisdiccional que le confiere el artículo 63.1 de la Convención —reconocida expresamente, además, por los estados parte—, la Corte IDH declaró en los casos descritos la violación de derechos y libertades, y emitió órdenes tendientes a la reparación de las consecuencias de las medidas o situaciones violatorias.
- c. Los cuatro estados incumplieron las órdenes impartidas por la Corte IDH y violaron, consecuentemente, el artículo 68.1 de la Convención, que estipula que todo estado está comprometido a cumplir las decisiones de la Corte IDH en todo caso en que sea parte.

Un análisis de este tipo —limitado a las cláusulas de la Convención— indudablemente explica de modo correcto el incumplimiento de obligaciones internacionales por los estados mencionados.

Para profundizar el estudio de los motivos alegados por los estados mencionados como fundamentos de sus desobediencias —los que, grosso modo, giran en torno a la idea de que el cumplimiento de estas decisiones internacionales habría afectado su soberanía—, debe ponerse mayor atención en la premisa *a* del silogismo anterior; esto es, los efectos del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH en los términos de la Convención.

Aparece como insoslayable la pregunta por los efectos del acto a través del cual un estado se somete a la jurisdicción *obligatoria de pleno derecho* de la Corte IDH, cuando se observa que tal tribunal posee las más amplias facultades para disponer la reparación de las consecuencias de una situación violatoria de derechos o libertades reconocidos por la Convención.

⁴⁸ Perú, el 21 de enero de 1981; Trinidad y Tobago, desde el 28 de mayo de 1991; Venezuela, el 24 de junio de 1981, y Argentina, el 5 de septiembre de 1984.

No puede perderse de vista, en este mismo sentido, que los alcances de esta facultad para ordenar medidas de reparación, como toda cláusula de la Convención, están sujetos a la interpretación que de dicha prerrogativa efectúe la misma Corte IDH.

Ahora bien, existe una norma de derecho internacional que establece la inmunidad jurisdiccional de los estados. La formación de esta norma obedece a la necesidad de asegurar la soberanía de los estados frente a los tribunales de otros estados en el marco de una sociedad internacional. Podría verse, en este sentido, como el corolario de la ausencia de autoridad de un estado frente a otro (*par in parem non habet imperium*).⁴⁹

Una justificación posible de la existencia de esta norma es, entonces, asegurar la igualdad e independencia de los estados. La idea de igualdad procura el respeto de los estados como sujetos de derecho internacional. La independencia, por su parte, “implica que los Estados tienen derechos exclusivos de determinar su propia política y decidir la forma más apropiada de gestionarla públicamente. Este principio brinda protección al contenido y al ejercicio de la función soberana de los Estados”.⁵⁰

Podría decirse, entonces, que desde hace ya muchos años los tribunales nacionales vienen tomando decisiones⁵¹ que tienen como consecuencia el reconocimiento de la igualdad e independencia soberanas de los estados en la sociedad internacional inter-estatal, situación que ha forjado la inmunidad de los estados como norma de derecho internacional.

Esta regla sobre inmunidades fue tradicionalmente construida para su aplicación entre estados. No obstante, desde la aparición de instancias jurisdiccionales internacionales, y teniendo especialmente en cuenta que uno de los pilares que sostiene la

⁴⁹ Explica Carlos Espósito Massicci: “[...] las inmunidades soberanas de los Estados se encuentran regidas por el Derecho internacional, la aplicación y determinación de la regla se produce en los órganos internos, especialmente judiciales, de los Estados que actúan con un amplio margen de apreciación y con referencias que pueden ser bastante indeterminadas. En efecto, la gestación y evolución del Derecho internacional que rige la inmunidad de los Estados se debe principalmente a los pronunciamientos de los tribunales nacionales, es decir, a la práctica jurisprudencial [...] El problema aquí ha sido la falta de una fuente normativa convencional generalmente aceptada por los Estados[...] Los pronunciamientos judiciales sobre las inmunidades estatales se vienen sucediendo desde el famoso caso del buque de guerra de bandera francesa Schooner Exchange en el Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, decidido en 1812 [*The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 US116 (1812)]” (Carlos Espósito Massicci: *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Navarra, Thomson-Civitas, 2007, pp. 31-32). El 2 de diciembre de 2004, la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin votación, adoptó la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (resolución 59/38). Puede suponerse que tal documento debe funcionar como una referencia normativa que otorgará uniformidad y seguridad jurídicas cuando los estados la ratifiquen, dado que aún no ha entrado en vigor.

⁵⁰ Espósito Massicci: o. cit., p. 49.

⁵¹ Para Carlos Espósito Massicci las decisiones en este sentido han sido miles, mientras que las excepciones son contadas.

existencia de esta norma es la independencia de los estados, la inmunidad también opera frente a la jurisdicción de un tribunal internacional.

En consecuencia, una definición actual de esta regla de derecho internacional —compatibilizada, incluso, con los preceptos de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes—⁵² debería formularse de modo tal que la inmunidad se active bloqueando la jurisdicción de cualquier tribunal —tanto de un estado extranjero como internacional— en todo proceso en el que un estado sea demandado y dicho proceso pueda tender al menoscabo de sus bienes, derechos, intereses o actividades.

Una de las excepciones que se le han reconocido a la regla es el consentimiento del estado demandado.⁵³ Esto es, el consentimiento que un estado efectúa para someterse a la jurisdicción de un tribunal que le es extraño diluye toda posibilidad de oponer la regla de inmunidad de jurisdicción frente a una condena de dicho tribunal.

Según estas últimas consideraciones, los actos de reconocimiento de la competencia de la Corte IDH efectuados por los estados de Perú, Venezuela, Trinidad y Tobago y Argentina representan el *consentimiento* que exceptúa la operatividad de la regla que dispone la inmunidad jurisdiccional de los estados. En consecuencia, una vez reconocida la jurisdicción de la Corte IDH, ninguna cuestión de soberanía —ni, en general, ningún aspecto del orden jurídico interno— podría esgrimirse válidamente como justificación del incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.⁵⁴ Dicho en otros términos: la

⁵² Véase supra, nota 49.

⁵³ El artículo 7 de la Convención sobre las inmunidades dice: “[...] ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado. Dice al respecto Carlos Espósito Massicci: “[...] no cabe duda en derecho internacional que la inmunidad jurisdiccional de un estado puede ser excepcionada sobre la base del propio consentimiento estatal” (o. cit., p. 237). Las otras excepciones a la regla son las transacciones comerciales, los contratos laborales, la responsabilidad por daños a los bienes y lesiones a las personas, derechos reales, derechos intelectuales, procesos relativos a buques mercantes y compromisos para someter controversias a arbitrajes (artículos 7 a 17 de la Convención sobre las Inmunidades).

⁵⁴ Distinta es la cuestión relativa a la legitimidad interna —de acuerdo al orden jurídico nacional— del reconocimiento de la competencia de la Corte IDH que efectuaron los cuatro estados cuyos casos se tratan en este trabajo. Podría pensarse, en tal sentido, que dadas las implicaciones que tiene el reconocimiento por parte de un estado de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos —a la luz del contenido de las medidas de reparación que está facultada a ordenar la Corte IDH—, la legitimidad del acto de consentimiento (o reconocimiento) se encuentra supeditada a que tal decisión haya sido adoptada luego de un proceso similar al que se sigue en cada estado para efectuar reformas normativas equivalentes a las modificaciones del orden jurídico interno que puede generar el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH. Se ha visto, en efecto, que la Corte IDH ha impuesto contenidos determinados para el tratamiento legislativo de un estado (en el caso *Loayza Tamayo* de Perú o *Apitz Barbera* de Venezuela) o ha ordenado soslayar disposiciones nacionales de prescripción

oposición de ninguna de tales cuestiones podría evitar la incursión en un nuevo ilícito internacional.

4.

La descripción efectuada en el punto 1 de este trabajo muestra que la Corte IDH ejerce jurisdicción respecto de todos los estados que reconocieron su competencia contenciosa y que sus decisiones son definitivas, inapelables y de cumplimiento obligatorio. En el marco de esa función la Corte IDH no solo tiene competencia para determinar si un derecho o libertad reconocido por la Convención fue violado, sino también para disponer medidas de reparación de las consecuencias de las situaciones violatorias.

Del punto 2 surge que el detrimento de la soberanía del estado resulta ser el motivo que explícitamente alegaron Perú y Venezuela para justificar sus incumplimientos en los casos *Castillo Petruzzi*⁵⁵ y *Apitz Barbera*⁵⁶ respectivamente. También se detalló que Trinidad y Tobago adujo “razones de orden interno” para desconocer las medidas de la Corte IDH en el caso *James* y que Argentina opuso la inviolabilidad de la cosa juzgada y el valor de otras cláusulas constitucionales para desobedecer lo dispuesto por el tribunal internacional en el caso *Cantos*.

A su vez, y tal como queda demostrado en el punto 3, el desconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH por los cuatro estados mencionados resulta indefectiblemente un incumplimiento de obligaciones internacionales.

Las consideraciones del punto anterior, por otra parte, también dejaron en evidencia que, dado que los cuatro estados reconocieron como obligatoria y de pleno derecho la competencia del tribunal internacional, tales desobediencias no pueden justificarse alegando que las sentencias de la Corte IDH afectan la soberanía de los países involucrados o violan aspectos del orden jurídico interno.

La decisión soberana de los estados, en todo caso, es la de cumplir o no las sentencias de la Corte IDH. En efecto, si se suscitan problemas, por ejemplo, con la legitimidad interna del acto de sometimiento a la jurisdicción de la Corte IDH,⁵⁷ cada estado

en pos del esclarecimiento de una violación de derechos humanos y de la sanción de sus responsables (caso *Bulacio* de Argentina).

⁵⁵ Véase la nota 7-5-M/276, del 1 de julio de 1999, presentada por la representante permanente de Perú ante la OEA, Beatriz M. Ramacciotti.

⁵⁶ Sentencia del 9 de diciembre de 2008 en el expediente 08-1752 (véase supra, nota 27).

⁵⁷ Véase supra, nota 54.

podría decidir incumplir en el caso la sentencia del tribunal interamericano y asumir la responsabilidad internacional correspondiente. De lo contrario, si la opción estatal es evitar un nuevo ilícito internacional, el país involucrado debe adecuar su actuación a la decisión de la Corte IDH, tal como hizo Perú a partir del año 2001 o Argentina en el caso *Bulacio*.

JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL. CASOS DE GUATEMALA, COSTA RICA Y EL SALVADOR*

Jaime Martínez Ventura

RESUMEN. Este trabajo analiza la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en temáticas e instituciones relacionadas con el derecho penal internacional, en Guatemala, Costa Rica y El Salvador. Contiene tres partes. La primera explica si la jurisprudencia de cada Estado considera vinculante o no dicha jurisprudencia regional, más allá de los casos en que se han visto involucrados. La segunda expone si la jurisprudencia de dichos estados ha establecido una obligatoriedad más amplia de las decisiones de la Corte Interamericana que la indicada por la Convención, por vía legal o constitucional, y si el derecho nacional de los estados en cuestión se ve influido por la referida Corte regional. Finalmente se hacen algunas consideraciones en las que se destaca que, salvo Costa Rica, los otros dos países no asumen una vinculación amplia de la jurisprudencia interamericana.

ABSTRACT. This article examines how the jurisprudence of the Inter-American Court and the Inter-American Commission of Human Rights was received in issues and institutions relating to international criminal law in Guatemala, Costa Rica and El Salvador. The first part considers whether the judges of each country consider this regional jurisprudence to be binding or not, beyond the cases in which their State was involved. The second determines whether domestic jurisprudence has given the decisions of the Court a broader binding effect than that established by the Inter-American Convention on Human Rights, through the laws or the constitution, and whether the legal system of each of the countries is influenced by the Court. The final considerations point out that Guatemala and El Salvador do not interpret the binding character of Inter-American jurisprudence broadly.

* La descripción y el análisis relativos a Costa Rica y Guatemala se basan en las colaboraciones recibidas, respectivamente, de Cecilia Sánchez Romero (costarricense, abogada, especialista en Criminología)

El propósito del presente informe es describir y analizar cómo tres estados de Centroamérica, Guatemala, Costa Rica y El Salvador, reciben la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en temáticas e instituciones relacionadas con el derecho penal internacional.

El documento se estructura en tres partes. La primera pretende explicar si el Estado, a través de su jurisprudencia, considera o no obligatoria más allá del caso concreto la jurisprudencia de la Corte IDH relacionada con temáticas o instituciones del derecho penal internacional. La segunda se propone analizar si la jurisprudencia de los estados incluidos ha establecido una obligatoriedad más amplia de las decisiones de la Corte IDH que la que surge de la CADH por vía legal o constitucional y en qué medida la Corte IDH va a influir o modelar el derecho local de dichos estados. Por último, en la tercera parte se presentan algunas consideraciones o hallazgos detectados en el estudio.

1 • La obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana en los estados de Centroamérica más allá de los casos concretos

1.1. Guatemala

En Guatemala la Corte de Constitucionalidad, a partir de su concepto de supremacía constitucional, considera que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son parámetros de legalidad para la legislación ordinaria y reglamentaria por vía del artículo 46 constitucional, mientras que forman parte del catálogo de los derechos fundamentales por vía del artículo 44 constitucional. Eso sí, por ninguna de las dos vías son parámetros de constitucionalidad, sino el desarrollo del contenido de los derechos constitucionales; por tanto, son subsidiarios. Aun así —afirma la Corte de Constitucionalidad—, el Estado de Guatemala está obligado a cumplir con sus obligaciones internacionales en derechos humanos sin oponer su sistema interno.¹

¹ En el caso *Masacre de las Dos Erres contra Guatemala*, la Comisión Interamericana expresó que se habían interpuesto “por lo menos 29 recursos de amparo, 23 reclamos de subsanación, 11 recursos de reposición, 5 enmiendas de procedimientos y una acción de inconstitucionalidad”. Demanda ante la Corte Interamericana de

Lo anterior significa que, si la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ingresa por medio del artículo 44 constitucional como parte de la Constitución Política, la Comisión y la Corte Interamericanas son órganos de carácter constitucional competentes en materia de derecho internacional de los derechos humanos y por lo tanto sus resoluciones surtirán los efectos correspondientes; es decir, en el caso de la Corte IDH serán vinculantes para el caso concreto y por lo tanto obedecidos por los tribunales involucrados. Así, pueden citarse los siguientes ejemplos:

En el caso *Fermín Ramírez*,² la Corte IDH sentenció que el principio de congruencia entre la base fáctica de la acusación y la sentencia está protegido por el artículo 8.2.b y c de la Convención Americana. En este caso, el Ministerio Público acusó por el delito de violación calificada con pena de 50 años de prisión y el tribunal de sentencia modificó los hechos de la acusación y pasó de la calificación de violación agravada a la calificación de asesinato, por lo cual condenó a muerte al imputado. Esto lo hizo sin otorgar las garantías del derecho de defensa propias de una modificación de tal naturaleza, por lo que el tribunal interamericano consideró que se violaron las reglas procesales de estricta y necesaria observancia en supuestos de imposición de pena de muerte. En consecuencia, según la Corte IDH, la condena a muerte del señor Fermín Ramírez es arbitraria.

En materia de reparaciones, la Corte IDH sentenció que el Estado debe realizar un nuevo juicio conforme al debido proceso legal, sin aplicar lo referente a la peligrosidad del imputado, lo cual debe ser suprimido del Código Penal conforme al principio de legalidad, para lo cual el Estado debe abstenerse de ejecutar al señor Ramírez. En un plazo razonable el Estado debe garantizar el acceso al derecho de gracia a todo condenado a la pena de muerte conforme a los presupuestos de la Convención Americana. También en un plazo razonable debe adecuar las condiciones carcelarias a las normas internacionales de derechos humanos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia emitió el 23 de enero de 2006 el acuerdo 96-2006, en el que considera:

[...] el carácter vinculante del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deviene imperativo dar cumplimiento al mismo, para lo cual resulta pertinente designar al Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de

Derechos Humanos en el caso de *Masacre De Las Dos Erres*, caso 11681 contra la República de Guatemala, § 294, <<http://www.cidh.org/demandas/11.681%20Dos%20Erres%20Guatemala%2030%20Julio%202008%20ESP.pdf>> (20.5.2009).

² Caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas), § 79, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf> (20.5.2009).

Escuintla, a efecto conozca del debate oral y público dentro del proceso instruido en contra del imputado Fermín Ramírez o Fermín Ramírez Ordóñez, tomando en cuenta que dicho órgano jurisdiccional es competente por razón del territorio y que el mismo se encuentra integrado por jueces distintos de los que conocieron del proceso que ha quedado sin efecto.

En efecto, el Tribunal de Sentencia de Escuintla realizó el nuevo juicio y condenó al acusado a 40 años de prisión. En cuanto al recurso de gracia, el Congreso remitió al presidente de la República la ley reguladora de la conmutación de la pena para los condenados a muerte, que el presidente vetó.³ Entre otros argumentos expresó: “Con ello se viola también el artículo 46 de la Constitución Política de la República, por el que Guatemala le da primacía a la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo relativo a la abolición de la pena de muerte, prevista en el numeral 3 del artículo 4 de dicha Convención”. Las demás medidas ordenadas por la Corte IDH no han sido cumplidas.

En el caso *Raxcacó Reyes*,⁴ la Corte IDH considera que la tipificación de los delitos de plagio y secuestro que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de dichos ilícitos y amplía el número de delitos sancionados con dicha pena es violatoria de la Convención Americana. En materia de reparaciones, la Corte sentenció que se debe, sin realizar un nuevo juicio, emitir una nueva sentencia en la cual no podrá imponerse la pena de muerte.

También se refirió al principio de proporcionalidad de la pena entre la naturaleza y la gravedad del delito en la nueva sentencia a emitir, y dictaminó que un plazo razonable el Estado debe adecuar las condiciones carcelarias a los estándares internacionales, así como otorgar tratamiento médico y psicológico y medicamentos, adoptar un procedimiento para tener acceso al recurso de gracia, reformar el tipo penal de secuestro o plagio, y disponer las medidas educativas, laborales y de cualquier índole para que el señor Raxcacó se reincorpore a la sociedad luego de cumplir la pena correspondiente.

El Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente dejó sin efecto la pena de muerte y emitió una nueva sentencia que impone la de 40 años de prisión. Las demás medidas han sido cumplidas parcial y deficientemente.

En el caso *Tiu Tojín*,⁵ la Corte IDH se refiere a la señora María Tiu Tojín como *prisionera de guerra* por haber sido detenida por el Ejército de Guatemala y mantenida

³ Veto publicado en el *Diario Oficial* el lunes 17 de marzo de 2008.

⁴ Caso *Raxcacó Reyes contra Guatemala*, sentencia del 15 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas).

⁵ Caso *Tiu Tojín contra Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas).

en una base militar durante el conflicto armado interno, acusada de guerrillera. Su hija de un mes de edad corrió la misma suerte, y ambas permanecen desaparecidas. Aunque la Corte hace referencia a la señora Tiu Tojín como prisionera de guerra, no se pronuncia sobre los convenios de Ginebra como lo hizo en el caso *Bámaca*. Tampoco hace referencia expresa a los crímenes contra la humanidad, aunque sí reconoce que las desapariciones forzadas de María y Josefa Tiu Tojín fueron parte de un patrón de violaciones de derechos humanos masivas y sistemáticas durante el conflicto armado interno. Por tanto, sentencia que bajo ninguna circunstancia pueden ser consideradas como delitos políticos o conexos a delitos políticos, puesto que la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad, en alusión a la sentencia de la Corte de Constitucionalidad sobre la solicitud de extradición de la Audiencia Nacional de España.

Otra decisión importante en esta sentencia, es que la Corte IDH establece que por la pertenencia de las víctimas y sus familiares a la etnia maya, para poder garantizarles el derecho de acceso a la justicia sin discriminación, la investigación debe facilitar intérpretes u otros medios eficaces para comprender y hacerse comprender en los procesos legales. En el mismo sentido, el Estado debe garantizar que las víctimas no realicen esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia. La búsqueda de las víctimas debe ser inmediata y, en caso de que sean encontradas, previa comprobación genética de filiación, deberán ser entregadas a sus familiares respetando sus tradiciones y costumbres. Nada de esto ha sido cumplido por el Estado guatemalteco.

Por otra parte, como el Estado de Guatemala no puede oponer su sistema interno para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en derechos humanos, la Corte de Constitucionalidad debe estar obligada a cumplir con la jurisprudencia interamericana. No puede ser de otra manera cuando, soberanamente, al aprobar y ratificar la Convención, el Estado guatemalteco se obligó a cumplir lo pactado de buena fe. En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad expresó, en su opinión consultiva acerca del Estatuto de Roma, que someterse a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional tiene precedentes como el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶

Sin embargo, el 12 de diciembre de 2007, en el caso de la extradición de guatemaltecos por genocidio y crímenes de lesa humanidad solicitada por la Audiencia Nacional de España, la Corte de Constitucionalidad sentenció que no reconoce

⁶ Corte de Constitucionalidad, opinión consultiva, expediente 171-2002, del 25 de marzo de 2002.

la jurisdicción universal porque “solo es válida aquella instituida por el Derecho Internacional Convencional a la cual el país haya reconocido por suscripción del tratado correspondiente (Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en trámite, Tribunal Penal Internacional) o por su legitimidad, tales los tribunales *ad hoc* creados por las Naciones Unidas”.

En esa sentencia la Corte de Constitucionalidad considera “delitos conexos con los políticos” hechos perpetrados entre 1981 y 1983 imputados como genocidio contra el pueblo maya, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales de ciudadanos españoles entre otros individuos, el incendio y asesinato de 39 personas dentro de la embajada de España, por haberse cometido durante el conflicto armado interno en Guatemala. La Corte de Constitucionalidad se fundamentó en el inciso tercero del artículo 27 constitucional,⁷ aun cuando este expresa que por delitos políticos no se extraditará a guatemaltecos, “salvo lo dispuesto en tratados y convenciones con respecto a los delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional”.

En su sentencia, la Corte de Constitucionalidad no analiza que el Estado de Guatemala es parte desde 1950 de la Convención para la Sanción y la Prevención del delito de Genocidio, cuyo artículo I expresa que tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra el genocidio debe ser sancionado; tampoco se pronuncia sobre el artículo 3 común de las convenciones de Ginebra de 1949, de las cuales Guatemala es parte desde 1952, ni menciona los artículos 376, 377 y 378 del Código Penal guatemalteco que tipifican, respectivamente, los delitos de genocidio, instigación al genocidio y delitos contra los deberes de humanidad desde 1973; omite también la Ley de Reconciliación Nacional, aprobada en 1996 como resultado de los acuerdos de paz, cuyo artículo 8 expresa que al genocidio, la tortura y la desaparición forzada, así como a aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de la responsabilidad penal de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala, no les será aplicada la extinción de la responsabilidad penal a que se refiere esa misma ley.

En otro fallo, contrario al caso anterior, el 23 de diciembre de 2008, la Corte de Constitucionalidad dejó sin efecto una resolución de la Corte Suprema de Justicia en el caso de una desaparición forzada, y le ordenó emitir una nueva, por cuanto “no tomó en cuenta si concurren todos los supuestos de aplicabilidad [de la Ley de Reconciliación

⁷ Dicho inciso reza: “Por delitos políticos no se intentará la extradición de guatemaltecos, quienes en ningún caso serán entregados a gobierno extranjero, salvo lo dispuesto en tratados y convenciones con respecto a los delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional”.

Nacional], pues no advirtió lo regulado en el artículo 8 de dicha ley, que excluye la posibilidad de gozar de los beneficios que concede ese cuerpo normativo a los procesados por cierto tipo de delitos relacionados con violaciones a los derechos humanos”.⁸

1.2. Costa Rica

La Sala Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha establecido que tanto la norma expresa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (Corte IDH) son obligatorias para el estado costarricense en materia contenciosa. La Sala fue más allá, y en su resolución 2313-95 afirmó que una opinión consultiva de la Corte es obligatoria para el estado que la solicita. Consecuentemente anuló un artículo de una ley que exigía la colegiación obligatoria de los periodistas, por ser contraria al artículo 13 de la Convención Americana, según lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva 5-85).

No obstante, la sentencia de la Corte IDH en el caso de *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, del 2 de julio de 2004, es la resolución judicial que ha tenido mayor incidencia en la jurisprudencia y la legislación nacional. Se marca a partir de ese momento una viva interacción entre las decisiones de la Corte IDH y el derecho interno. Este fallo y su recepción interna confirman el reconocimiento de la autoejecutoriedad de la CADH. Como ha señalado el profesor Llobet:

Se resalta además la ejecución inmediata que tienen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica, de modo que las resoluciones de la misma concernientes a nuestro país deben ser ejecutadas igual que las de los tribunales de la jurisdicción interna costarricense.⁹

Es el primer asunto en que la Corte IDH declaró una violación del Estado costarricense a la CADH. El fallo dispuso anular una sentencia condenatoria firme, ordenada por un tribunal nacional, cuyo recurso de casación penal había sido declarado sin lugar por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁸ Expediente 156-2008.

⁹ Javier Llobet Rodríguez: *Derechos humanos en la justicia penal*, San José (Costa Rica), Jurídica Continental, 2008, p. 194.

El cuestionamiento central de este caso giró en torno a la existencia de mecanismos que permitan revisar sentencias condenatorias emitidas antes de las reformas del Código Procesal Penal. Sin embargo, en virtud de la autonomía que existe para que las víctimas puedan presentar alegatos distintos a los presentados por la Comisión Interamericana, una vez que se ha remitido el asunto a la Corte IDH, estas alegaron la violación al derecho a recurrir la sentencia condenatoria y al principio de imparcialidad del juzgador, lo que fue acogido por la Corte. El principio de imparcialidad es, por supuesto, uno de los más favorecidos y reafirmados al acogerse este fallo, que permitió también modificar las prácticas seguidas en materia de admisibilidad y admisión de prueba nueva por la Sala Tercera y los Tribunales de Casación Penal.

En esa sentencia, la Corte IDH, entre otras cosas, resolvió:

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 estos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.¹⁰

En la parte dispositiva de su sentencia, la Corte IDH señaló:

5. Que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana.¹¹

Se resolvió además, en lo que interesa aquí:

12. Que dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento, en los términos señalados en el párrafo 206 de la misma.

13. Que la Corte supervisará el cumplimiento de esta sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma.¹²

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, <<http://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia/>> (7.6.2009).

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

1.3. El Salvador

En El Salvador no existe una jurisprudencia que con toda claridad establezca la obligatoriedad más allá del caso concreto de la jurisprudencia de la Corte IDH en temáticas o instituciones del Derecho Penal Internacional. No obstante, existen algunas sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que han recibido determinados criterios de la Corte IDH como orientadores de sus propias sentencias, acerca de algunos principios, derechos o garantías del derecho procesal penal proclamados también por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI). Entre dichas sentencias pueden citarse las siguientes:

1.3.1. *Detención preventiva (artículo 58.a del ECPI): existencia de un motivo razonable para creer que el imputado ha cometido un crimen de competencia de la CPI, como requisito para decretar la detención preventiva*

La Sala de lo Constitucional ha dicho al respecto:

[...] esta Sala también ha reconocido en específico la necesidad de que concurra la ya mencionada “mínima actividad probatoria” para imponer detención provisional, pues ha manifestado: “[...] que si bien no está *facultada* para realizar valoraciones de prueba [tal como se relacionó anteriormente en esta sentencia], sí lo está *para revisar que dentro del proceso penal, específicamente en la decisión judicial mediante la cual se ha decretado la medida cautelar de detención provisional, se haya cumplido con una mínima actividad probatoria para imputar a una persona el cometimiento de un delito* —*fumus boni iuris*— [...] Asimismo, puede citarse lo dispuesto sobre este tema en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado: “Para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva [en el sistema salvadoreño detención provisional] debe existir *indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso haya participado* en el ilícito que se le investiga [...]. La sospecha tiene que estar *fundada en hechos específicos* y articulada con palabras, esto es, *no en meras conjeturas o intuiciones abstractas*” (sentencia de fecha 21/XI/2007).¹³

Existen también algunas decisiones de los tribunales de sentencia que han admitido ciertos criterios de la Corte IDH para fundamentar sus propias sentencias, vinculadas

¹³ Sentencia de hábeas corpus 36-2008, del 8 de julio de 2008.

a determinados principios, derechos o garantías procesales que se encuentran regulados en el ECPI. Entre dichas sentencias se citan las siguientes:

1.3.2. Reparación de las víctimas (artículo 75.1 ECPI)

El Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador ha dicho:

Sobre el particular amerita tener presente la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y nueve de cuyo texto pueden extraerse los siguientes principios: 1) Todo daño moral es resarcible; 2) La liquidación de los daños morales debe ajustarse a los principios de la equidad; 3) La reparación debe ser plena.¹⁴

No obstante, la parte dispositiva de la sentencia citada es contradictoria con el argumento planteado, puesto que, en lo atinente, dice:

E) Condénase al señor JOSE HIDALGO HENRÍQUEZ, de las generales mencionadas en el preámbulo de esta sentencia, a pagar a la señora Paz Valdés Villalobos, quien reside en Cantón San José Changallo, Pasaje y Colonia Gloria, en el Meson Reyes Rivera, Ilopango, madre del fallecido, en concepto de Responsabilidad Civil la cantidad de DIEZ MIL COLONES, por el delito de Homicidio Agravado en la vida del joven Alfredo de Jesús Valdés.¹⁵

1.3.3. Derechos del acusado (artículo 67.a, b y e del ECPI): conocer los hechos que le imputan, contar con el tiempo adecuado para preparar su defensa, interrogar o hacer interrogar a los testigos

El Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador se ha pronunciado al respecto de la manera siguiente:

[...] reconociendo precedentes de la jurisdicción internacional como: Castillo Petruzzi y otros vs Perú, en unos de los fundamentos de litigación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: “De conformidad con el artículo 8.2.b y 8.2.c todo inculpado

¹⁴ Sentencia del Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador PO131-5-00, del 15 de febrero del 2000.

¹⁵ Diez mil colones equivalen a aproximadamente a 1123 dólares estadounidenses. Similares resoluciones se encuentran en otras sentencias del mismo Tribunal Cuarto; entre ellas: PO131-5-2001, del 30 de marzo de 2001; PO131-9-2001, del 14 de mayo de 2001; PO131-31-2001, del 12 de marzo de 2001; PO131-82001, del 9 de mayo de 2001; PO131-4-2001, del 12 de marzo de 2001; 0103-03-2003, del 30 de abril de 2003; 0103-02-2003, del 18 de febrero de 2003.

tiene derecho a que se le dé la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan, así como disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa”. [...] En la misma sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa con fundamento en lo dispuesto en la garantía mínima tutelada por el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se viola dicho artículo cuando se imposibilita interrogar a los testigos que fundamentan la acusación. En tal sentido, la Corte Interamericana cita un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido que el mismo garantiza que: “dentro de las prerrogativas que debe concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor bajo las mismas condiciones con el objeto de ejercer su defensa”. Por tal razón, parece que un testigo anónimo en su sentido estricto, no cumple con el requisito de su examen, de tal manera que aunque reconocemos que la confrontación puede ser limitada, entendemos que tal aspecto limitativo, no implica testimonios anónimos.¹⁶

1.3.4. Garantía de audiencia como derecho del acusado (artículo 67.1 del ECPI)

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre esta garantía, el Tribunal de Sentencia de Usulután, departamento oriental de El Salvador, ha dicho:

[...] el Art. 11 de la Constitución de la República reconoce un derecho universal, como lo es el derecho de audiencia, el cual reza que “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”. De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no solo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido ha señalado: “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo [...]. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado

¹⁶ Sentencias del Tribunal Tercero de Sentencia, 0103-88-2006, del 18 de mayo de 2006; 0103-260-2006, del 11 de septiembre de 2006; 0103-263-2006, del 13 de septiembre de 2006; 0103-291-2006, del 7 de diciembre de 2006; 0103-300-2006, del 21 de diciembre de 2006; 0103-20-2007, del 21 de marzo de 2007.

que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.¹⁷

2 • Influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho interno de los estados

2.1. Guatemala

En Guatemala, el artículo 44 constitucional expresa en su primer párrafo que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El artículo 46 constitucional establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno, y el artículo 204 de la Constitución prescribe que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Por otra parte, la Ley del Organismo Judicial expresa en el artículo 9 que los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. La Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad precisa la situación al disponer en los artículos 3 y 114 que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Sentencia de Usulután, causa U-149-12-07, referencia 0501-01-2008, del 4 de enero de 2008.

A pesar de las disposiciones citadas, el Estado de Guatemala por medio de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad ordena al sistema de justicia guatemalteco que interprete de forma incompleta y arbitraria la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin lugar a dudas, hay jueces y juezas que aplican la jurisprudencia interamericana como corresponde, es decir, más allá del caso concreto, pero es bien conocida la jurisprudencia constitucional al respecto.

2.2. Costa Rica

En Costa Rica, el carácter autoejecutivo de la CADH fue admitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sus inicios, en el voto 282-90, dictado en la resolución de un hábeas corpus; luego, mediante el voto 719-90, se declaró inconstitucional el artículo del Código de Procedimientos Penales de 1973 que impedía el derecho a recurrir la sentencia condenatoria según el monto de la pena impuesta. Sin duda en estas decisiones tuvo influencia la resolución 26-86 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como el recordatorio que le formuló la Comisión a Costa Rica acerca del cumplimiento de esa decisión, en septiembre de 1988.

A partir de la sentencia del caso *Mauricio Herrera* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Costa Rica pueden identificarse tres hitos:

1. El sistema de justicia penal costarricense se adecua en sus sentencias a lo indicado por la Corte Interamericana, ello con medidas administrativas y jurisprudenciales.
2. Un importante grupo de juristas se aboca a preparar un proyecto de reforma al Código Procesal Penal que luego se convierte en la Ley de Apertura a la Casación Penal. Mediante esta normativa se pretende adecuar el ordenamiento jurídico penal a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo que se materializa el efecto vinculante de aquella y se extiende más allá del caso concreto.
3. Nuevas reformas. La comunidad jurídica nacional y particularmente los operadores jurídicos han mantenido una actitud crítica frente a la interpretación de los alcances de la sentencia de la Corte Interamericana y de los efectos que la reforma legal implementada a partir de ella, en el sentido de verificar si la solución cumple con las expectativas de su creación y determinar sus efectos en el funcionamiento del sistema jurídico.

La legislación costarricense fue impactada por la sentencia de la Corte IDH antes indicada. De esa manera, mediante ley 8503, denominada Ley de Apertura de la Casación Penal, publicada en la *Gaceta* n.º 108, del 6 de junio de 2006, Costa Rica dio cumplimiento a lo ordenado por la Corte. Las características de la ley en relación con el informe solicitado son:

- a. Desformaliza totalmente el recurso de casación, tanto en cuanto a los requisitos de admisibilidad como a los demás formalismos y rituales tradicionales de la casación.
- b. Prevé en forma expresa la posibilidad de que en casación se alegue quebranto al debido proceso o al derecho de defensa, con lo cual se da la más amplia cobertura a la posibilidad de reexaminar todo tipo de vicios o afectaciones a los derechos del sentenciado.
- c. Permite además que, mediante este recurso, se reciba prueba sobre el hecho, ello cuando se está ante uno de los motivos del procedimiento de revisión, entre los que se encuentra el reclamo de hechos nuevos o nuevos elementos de prueba.
- d. Igualmente establece la posibilidad de ofrecer prueba que no pudo ser recibida en el juicio oral, por haber sido rechazada o preterida arbitrariamente; incluso el tribunal o la sala pueden ordenar prueba de oficio cuando se estime necesaria, pertinente o útil para la resolución del caso.
- e. Prevé con amplitud el análisis que se realiza en sede de casación y admite que la parte impugnante se apoye para su reclamo en la grabación fónica o de video del juicio oral.
- f. Contempla también una desformalización del procedimiento de revisión.
- g. Establece la posibilidad de que se presenten solicitudes de revisión cuando el recurso de casación haya sido rechazado con base en los criterios de admisibilidad que regían antes de la ley.

Debe destacarse que esa adecuación normativa no ha sido pacíficamente aceptada por toda la comunidad jurídica costarricense, ya que un sector considera que el sistema penal costarricense padece de graves disfunciones, tales como la desaparición, en la práctica, de la cosa juzgada, la proliferación de fallos y precedentes contradictorios, así como la necesidad de mejorar los criterios técnicos para distribuir la competencia entre

las distintas sedes. Por estos motivos se ha presentado un proyecto de Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, publicado en la *Gaceta* n.º 194, del 8 de octubre de 2008. Sus rasgos fundamentales son:

- a. Se traslada la competencia para el reexamen integral de sentencias en todos los delitos a los actuales tribunales de casación, se crea el número de estos que se requiera y se los denomina *tribunales de apelación de sentencia*.
- b. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se queda con la función de uniformar los precedentes contradictorios, ejercer el control sobre violaciones al debido proceso y derecho de defensa de las partes intervinientes y conocer de todas las acciones de revisión.
- c. Se diseña un mecanismo procesal para calificar, de manera amplia y accesible, los presupuestos en que podrá alegarse existencia de precedente contradictorio.
- d. Se vuelve a la revisión clásica y se elimina la causal por violación al debido proceso, del artículo 408.g del Código Procesal Penal, a cargo de la Sala Tercera.
- e. Se amplían las causales de revisión solo para incluir la introducción de prueba ilegítima al proceso o bien la posibilidad de revisar la sentencia cuando, al definirse una cuestión de precedente contradictorio por la sede de casación, algún sentenciado se siente discriminado por trato desigual o de cualquier otra manera considere estar siendo perjudicado.
- f. Se reforma el segundo párrafo del artículo 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y se elimina la causal de violación al debido proceso como motivo para la revisión.
- g. Se introducen nuevas reglas de oralidad en el proceso penal.

2.3. El Salvador

En El Salvador no se han emitido normas constitucionales o leyes que otorguen un mayor alcance a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a raíz de jurisprudencia de la Corte IDH. La discusión jurídica en El Salvador más bien se ha centrado en una etapa anterior, como es el debate acerca de la existencia

o no del llamado *bloque de constitucionalidad*; es decir, si los tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte o no de la Constitución de la República.

La corriente jurídica y jurisprudencial mayoritaria se ha decantado por rechazar la existencia de ese bloque de constitucionalidad, basándose en una interpretación exegética de las normas constitucionales concernientes, como son el artículo 246.2, parte primera, que literalmente dice: “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”, y los artículos 144, 145 y 149 constitucionales, que rezan:

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.

Art. 145. No se podrán ratificar 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.

Art. 149. La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de inconstitucionalidad del 26-IX-2000, relativa al proceso n.º 24-1997, señaló:

[...] los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos —igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución— pueden estimarse como un desarrollo o complementación de los alcances de los preceptos constitucionales, pero ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema; lo cual se concluye con base en las siguientes razones: (i) La Constitución se ha atribuido a sí misma solamente, en el Art. 246 Inc. 2.º, el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados —Arts. 145 y 149 Cn., leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas; (ii) según el Considerando I de la Ley de Procedimientos Constitucionales, los tres procesos regulados en ella tienen como finalidad común garantizar “la pureza de la Constitucionalidad” —vale decir, la adecuación

o conformidad a la Constitución—, de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional¹⁸. Ha sostenido además, que en el contexto del Derecho Constitucional salvadoreño no existe un bloque de constitucionalidad, en el sentido que se carece de un conjunto de normas o principios que junto a las normas constitucionales, la Sala deba tener en cuenta como canon o parámetro para enjuiciar la legitimidad constitucional de las normas inferiores, provocando la expulsión del sistema jurídico de estas últimas si resultan contradictorias a las primeras.¹⁸

En otra resolución, la Sala de lo Constitucional dijo:

[...] si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes —art. 144 inc. 2.º Cn. no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución.

Es decir, la proposición de tratados internacionales sobre derechos humanos en la pretensión de inconstitucionalidad, bien puede efectuarse a título de violación a la Constitución, y no al tratado considerado aisladamente; en ese sentido, investidos por la Ley Suprema de mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, los tratados no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias. La trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el art. 144, inc. 2.º Cn., ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos.¹⁹

En ese mismo orden de ideas, más adelante, la sentencia referida expresa:

Por tanto, debe reconsiderarse el status interno del DIDH, a partir del prisma dignidad humana, pues con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de esta. De este modo, la integración normativa entre el Derecho Constitucional y el DIDH —por la vía del art. 144 inc. 2º Cn.— es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos.

Es decir, corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. [...] la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el

¹⁸ Voto disidente de la magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, en la sentencia de amparo n.º 674-2001, del 23 de diciembre de 2003. Caso de omisión de investigación y violaciones a otros derechos derivados del asesinato de los seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana (UCA).

¹⁹ Sentencia de inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003, que declaró inconstitucional la mayoría de las disposiciones de la llamada Ley Antimaras (LAM).

derecho interno, y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.²⁰

Esta sentencia al declarar que “la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad”, no incursiona en la problemática que representaría un caso de conflicto entre la norma constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, probablemente porque se supone que ningún tratado internacional y extensivamente ninguna otra fuente de derecho internacional, puede ser contrario a la Constitución de la República, habida cuenta de los artículos 145 y 146, inciso primero, de la Carta Magna, que prohíben celebrar o ratificar instrumentos internacionales que contradigan las disposiciones constitucionales.²¹

Consecuente con esos y otros razonamientos, la Sala de lo Constitucional, en la misma sentencia, resolvió entre otras cosas lo siguiente:

8. Declárase que en el artículo 2 inciso 3.º LAM,²² existe la inconstitucionalidad alegada por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez y la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por violar los artículos 35 inciso 2.º de la Constitución y, al contravenir el artículo 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, violar el art. 144 inciso 2.º de la Constitución.²³

²⁰ Ídem.

²¹ Tales disposiciones textualmente dicen:

“Artículo 145. No se podrán ratificar 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. [...]

“Artículo 146. No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse 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”.

²² Ley Antimaras.

²³ Ídem.

3. Conclusiones

En conclusión, el Estado de Guatemala, a través de la Corte de Constitucionalidad, no considera vinculante la jurisprudencia de la Corte Interamericana; sin embargo, en algunos casos la Corte Suprema y otros tribunales aplican la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Los casos más efectivos al respecto son aquellos que tienen sentencia del sistema interamericano.

En Costa Rica los principios contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales han sido una fuente importante de inspiración para la resolución de los asuntos judiciales en materia penal. No obstante, el mayor impacto de la recepción de estos se produce a través de la adecuación de los institutos e interpretación que suministran, desde el punto de vista tanto sustantivo como procesal, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta tendencia se manifiesta sobre todo después de las denuncias presentadas contra Costa Rica, entre abril de 1984 y agosto de 1989, básicamente por no garantizar el derecho a recurrir de toda sentencia condenatoria, ya que la normativa entonces vigente no autorizaba un recurso de casación en contra de sentencias de condena menores, sino a partir de la imposición de determinada pena.

En palabras de la profesora Cecilia Sánchez Romero:

La recepción por los ordenamientos internos de cualquier decisión de los tribunales internacionales que incida positivamente en el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos, cuyo eje central lo constituye la dignidad de la persona humana, debiera tener siempre una aceptación plena, insertada eso sí en sus verdaderas dimensiones. Ello marcaría un paso importante en el proceso de regionalización de los derechos humanos en Latinoamérica, que facilitaría su afianzamiento.²⁴

La influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho interno de El Salvador, en el plano constitucional y legal, es bastante precaria. No existe norma jurídica interna que como consecuencia de dicha jurisprudencia vaya más allá de los alcances de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es más, podría afirmarse que la jurisprudencia salvadoreña ni siquiera se ha planteado ese asunto, puesto que se encuentra en una fase anterior, como es la disputa por la existencia

²⁴ Cecilia Sánchez Romero: *La jurisprudencia interamericana y su impacto en el derecho costarricense. Análisis de un caso representativo*, San José (Costa Rica), s/e, 2009 (14), p. 13.

o no de un bloque de constitucionalidad, es decir, si los tratados internacionales sobre derechos humanos son integrados o no a la Constitución de la República y, en consecuencia, si pueden o no servir de parámetro para el control de la constitucionalidad de las leyes. La posición jurisprudencial dominante ha sido la de rechazar el bloque de constitucionalidad, aunque esa corriente comenzó a ceder con la sentencia de inconstitucionalidad de la llamada Ley Antimaras (LAM), en la que se estableció que si una ley viola la Convención sobre los Derechos del Niño constituye también una violación al artículo 144.2 de la Constitución de la República que establece la prevalencia de los tratados internacionales sobre las normas secundarias.

Temas específicos

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. El presente trabajo se ocupa del análisis de la evolución del sistema interamericano de derechos humanos en función de la posible aplicación de normas propias del derecho internacional humanitario, cuando su fuente normativa, el Pacto de San José, se limita en principio a la aplicación de normas propias del derecho internacional de los derechos humanos. El punto de partida ortodoxo sería que para la paz rige el segundo ámbito normativo, mientras que el derecho internacional humanitario solo se aplica a situaciones propias de conflicto armado, más allá de la competencia del sistema. Pero hoy, especialmente la Corte Interamericana, opta por una conexión, en términos de complementariedad, entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, entre la vida, la integridad, la dignidad y la protección específica de las personas inmersas en un conflicto armado.

ABSTRACT. This report analyses the evolution of the Inter-American human rights system in terms of the possible application of rules which are typical of international humanitarian law, whereas its legal source, the Pact of San José, confines itself in principle to the application of the rules of international human rights law. The orthodox position is that this second set of rules applies in situations of peace while international humanitarian law is only applicable in situations of armed conflict, which are beyond the scope of competence of the system under analysis. However, the Inter-American Court of Human Rights currently decides in favour of a connection, in terms of the complementarity between human rights law and international humanitarian law, between life, integrity, dignity and the specific protection of persons in armed conflicts.

En el tema que corresponde a la posible aplicación de las normas del derecho internacional humanitario por el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), el primer problema que surge es el relacionado con el ámbito regulativo propio del derecho humanitario, es decir, que se trate de un conflicto armado, internacional o interno. La vieja o tradicional distinción —hoy completamente revaluada— que postula que para situaciones de paz regiría el derecho internacional de los derechos humanos y para la guerra el derecho internacional humanitario, serviría como punto de partida para introducir el tema. Pero, como se dice, se trata de una distinción revaluada, tanto más desde el punto de vista del derecho penal internacional, cuando es claro, por ejemplo —a propósito de otra distinción que también operaría en función de la paz o de la guerra—, que también en situaciones de guerra internacional o de conflicto armado interno se pueden presentar simultáneamente delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Pero el tema es más problemático respecto del SIDH que cuando se trata de la justicia penal internacional, concretamente, cuando se trata de la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI). Los dos pueden concebirse de manera general como sistemas de protección de derechos humanos, de la persona humana frente a graves violaciones de derechos humanos y, en el caso del Estatuto, de su protección frente a los crímenes de guerra, pero el sistema, como se sabe, toma como base la responsabilidad de los estados parte, mientras que la Corte Penal establece una responsabilidad individual. (Esta es también una frontera tenue hoy en día —hecho muy interesante y polémico—, si se tienen en cuenta los últimos desarrollos de la jurisprudencia del SIDH, enfatizados por diversos votos razonados que hacen referencia a los dos tipos de responsabilidades como dos caras de la misma moneda, por decirlo gráficamente.)

No se trata apenas de un tema de mera competencia: si el SIDH puede abordar efectivamente infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), comenzando por el hecho de que la Convención Americana no es un estatuto normativo que contenga normas de derecho humanitario, el mismo sistema debe entrar a constatar cuestiones muy problemáticas, como si se acepta o no la existencia de un conflicto armado interno en estados parte cuyos gobiernos la niegan —como es el caso de Colombia—. Tiene que ver con la discusión política, mas no normativa, sobre la beligerancia de actores inmersos en el conflicto, que se refiere al hecho clave de la inexistencia efectiva de un control o dominio territorial de las fuerzas estatales cuyo monopolio exclusivo de las armas les es disputado en algunos territorios por actores armados organizados, con superior jerárquico, dominio territorial y acciones concertadas, para hablar de una vez de requisitos

propios del DIH para tematizar situaciones de conflicto armado interno. Se trata, por tanto, de hechos complejos que tienen repercusiones concretas sobre los estados respecto de los cuales se puede imputar responsabilidad, de manera indirecta por lo menos, en cuanto a la posible violación de normas del derecho internacional humanitario.

En el presente informe, que no tiene carácter nacional, se hará referencia, de manera didáctica, muy de la mano de las decisiones de los dos órganos del SIDH a la evolución que ha tenido el sistema respecto de la posible aplicación de las normas del derecho internacional humanitario a las etapas de este proceso, a la diferencia de posición entre la Comisión y la Corte, a la distinción que hace esta entre *interpretación* posible de las normas humanitarias (aunque siempre en referencia a las normas del Pacto de San José) y *aplicación* directa, a la tendencia a relativizar la distinción tajante entre responsabilidad estatal y responsabilidad individual (en conexión posible con las infracciones al DIH y aun la tendencia del SIDH a individualizar responsables cuando la reconstrucción de los hechos así lo permita. Ello a pesar incluso de que en el ámbito interno no se hayan producido sentencias definitivas que demuestren responsabilidad penal individual.

Como se dice, no se trata de un informe nacional, pero debe anotarse que las decisiones del sistema, referidas al caso colombiano, son especialmente prolíficas en relación con el tema. Se trata, en este país, de la persistencia de un conflicto armado interno degradado y difuso que produce graves violaciones a los derechos humanos, junto con la comisión de infracciones al derecho internacional humanitario por los diversos actores del conflicto. Pero también son muy importantes las decisiones respecto del Perú, o aquellas relacionadas con hechos ocurridos en países centroamericanos. Incluso se reseñará una decisión contra el Estado argentino para ilustrar la evolución comentada.

El trabajo, como se advierte, se desarrollará de la mano de las decisiones o documentos generados por el sistema, pero se hará referencia a aquellas decisiones que en el ámbito interno —por ejemplo, de tribunales constitucionales— puedan ser importantes para analizar no solo el impacto que puede tener una decisión en ese ámbito, sino para mirar también cómo dicho impacto puede enriquecer la discusión global sobre justicia penal internacional. El autor de este informe está convencido de que, respecto de la recepción posible de normas de derecho penal internacional o de la jurisprudencia, no solo opera una vía de afuera hacia adentro, sino también de adentro hacia afuera; es decir, los sistemas internos producen también herramientas de interpretación normativa que pueden y deben ser valiosas para los tribunales internacionales. No se hará referencia

exhaustiva ni mucho menos a jurisprudencia penal interna, sino a aquellas decisiones de carácter constitucional que, ligadas a la noción de *bloqueo de constitucionalidad*, pueden ilustrar mejor el tema de la *protección*—que es en última instancia el tema fundamental cuando se trata del DIH— de aquellas personas que, en situación de conflicto armado, se convierten en sujetos especiales de dicha protección.

1 • Evolución en el proceso de toma de decisiones del SIDH con base en las normas humanitarias

1.1. El fenómeno de la competencia

Para iniciar el análisis de la evolución del sistema interamericano respecto de la interpretación o posible aplicación de las normas humanitarias, puede hacerse referencia al artículo 33 de la Convención Americana, el cual establece que son competentes “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención” tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Luego, el artículo 44 hace referencia al hecho de que “[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.¹ En virtud de esta norma, las peticiones ante

¹ Sin embargo, en este punto es relevante poner de manifiesto que, según admite el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ‘Protocolo de San Salvador’, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u otra persona para representarlo ante la Comisión”.

la Com IDH solo pueden recaer sobre violaciones a la Convención, lo que impediría a este órgano analizar violaciones al derecho internacional humanitario en las peticiones presentadas. En concreto, la Convención Americana no contiene, directamente, normas propias del DIH.

Por su parte, el artículo 1 del Estatuto de la Com IDH, al establecer que esta es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia, dispone que, para los fines del Estatuto, por derechos humanos se entienden los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con sus estados parte, y los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en relación con los demás estados miembros. Asimismo, el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH determina que esta es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2. Diferencias de posición entre los dos órganos del sistema interamericano de derechos humanos

La Convención no admite expresamente la posibilidad de que los órganos del SIDH apliquen disposiciones de derecho internacional humanitario al determinar la responsabilidad internacional de los estados cuando se presenta un conflicto armado, lo cual plantea problemas al establecer las bases de juicio en aquellos casos sometidos a los órganos del sistema en los cuales sea claro que se han violado normas humanitarias, desde el punto de vista, desde luego, de los tratados que consagran dichas normas y que están por fuera de la competencia del sistema. Por esa razón, los propios casos que han llegado al sistema han obligado a sus órganos a referirse a este punto insoslayable. De manera muy sintética y gráfica se puede establecer la primera consecuencia de este proceso: de una parte, la Com IDH ha considerado que es competente para aplicar las normas de derecho humanitario al analizar los casos sometidos a su conocimiento en los cuales se presentan conflictos armados; de otra parte, la Corte IDH ha establecido que las disposiciones de derecho internacional humanitario solo constituyen un referente de interpretación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, mas se ha declarado inhibida para aplicar dichas normas a casos concretos. (Luego se verá que esta distinción entre interpretación y aplicación directa tiende a desaparecer en la

práctica, en la medida en que el sistema tiende a considerar cada vez con mayor vigor el conjunto de las normas que componen el derecho internacional humanitario.)²

2. Aplicación de normas de derecho internacional humanitario por la Corte Europea de Derechos Humanos: un ejercicio interesante de *renvoi*

Una vez que se ha hecho referencia genérica a las diferencias de posición entre los diferentes órganos del sistema y antes de entrar en el análisis en detalle de tales diferencias y de sus numerosos matices, se considera pertinente hacer alusión a ejercicios muy interesantes que han tenido lugar en el sistema europeo de derechos humanos (SEDH), a partir de los cuales ha sido posible una especie de reenvío de normas que configuran un instrumento a otro, con el propósito de dar solución a casos que en principio estarían por fuera de la constelación normativa correspondiente o de la competencia de los órganos previstos para la solución de los casos. Así, tal como se verá, la cuestión sobre la aplicación de normas de derecho internacional humanitario por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido trascendental en algunos casos llevados ante este tribunal internacional, especialmente para entender la convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, cuando este último se erige como un elemento fundamental de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos en caso de hechos acaecidos en el marco de un conflicto armado.

Sin embargo, no ha sido exclusiva del SIDH la discusión sobre la posibilidad de aplicar las normas de DIH por un tribunal de derechos humanos cuyo estatuto de atribución de competencias no concibe el empleo de aquellas para considerar si un estado parte en la Convención incurrió o no en responsabilidad internacional por violar las aludidas disposiciones. En el SEDH también se ha debatido la competencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para aplicar normas de derecho humanitario.

En este sentido, como señala Giulia Pinzauti, aun cuando la Corte Europea de Derechos Humanos tiene la tarea de vigilar el cumplimiento del Convenio Europeo de

² Sobre la aplicación del derecho internacional humanitario en tribunales nacionales, véase el texto Ward N. Ferdinandusse: *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, Cambridge University Press, 2006.

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por los estados parte de este, aplicando así las provisiones de dicho tratado internacional, surge la pregunta de si el Tribunal Europeo tiene a su vez el poder de aplicar —y si es así en qué medida— disposiciones de otras ramas del derecho internacional, como el derecho internacional humanitario—. ³ La cuestión tiene sentido toda vez que, como señala la autora, a pesar de que existen argumentos de peso para dar una respuesta negativa a la pregunta sobre si la Corte Europea de Derechos Humanos es competente para aplicar normas diferentes al Convenio —tales como que este no le otorga tal competencia de manera explícita y que la aplicación de normas de derecho internacional descansa en el consentimiento dado por los estados para tal efecto—, algunas disposiciones de este tratado, que remiten a otras normas de derecho internacional o a normas de derecho interno, permitirían inferir que la Corte Europea de Derechos Humanos tiene competencia para aplicar disposiciones de derecho humanitario en estos casos puntuales. ⁴

2.1. La teoría de la remisión (*renvoi*)

La autora en referencia establece como marco teórico para adelantar la conclusión anterior los alcances y límites de la noción de *remisiones (renvois)* que el Convenio Europeo instituye en algunos de sus artículos. En este orden de ideas, señala que la mayoría de las convenciones internacionales de derechos humanos realizan *renvois* a otras normas internacionales o al derecho interno —como, por ejemplo, el artículo 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”) o el artículo 7 del Convenio Europeo (“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional”)—. ⁵ De igual forma, indica que estas remisiones pueden ser genéricas —como cuando remiten a los “principios generales de derecho internacional”— o recaer sobre ramas específicas de derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos. ⁶

³ Giulia Pinzauti: “The European Court of Human Rights’ Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law. A Critical Discussion of *Kononov v. Latvia*”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 6, 2008, pp. 1043-1060.

⁴ *Ibidem*, pp. 1045 ss.

⁵ *Ibidem*, pp. 1046 ss.

⁶ *Ibidem*, p. 1046.

En consecuencia y tomando como base el caso *Kononov contra Letonia*, fallado por el Tribunal Europeo, en el cual la Corte interpretó normas de derecho internacional humanitario y de derecho interno para establecer si Letonia había violado el principio de legalidad avalado por el artículo 7 de la Convención Europea, la autora concluyó que la *renvoi* contenida en esta disposición le permitiría al Tribunal Europeo aplicar directamente normas de derecho internacional humanitario.⁷ Esto en cuanto el contenido de esta remisión, al hacer referencia al “derecho nacional o internacional”, establece una conexión entre la Convención Europea y otras fuentes de derecho, una de las cuales es el DIH. En este sentido, la autora precisó que, cuando es alegada una violación de este artículo, el efecto del *renvoi* al “derecho nacional o internacional” autoriza a la Corte a aplicar provisiones de derecho sustancial y procesal contenidas en esas fuentes.⁸

Así, con base en esta norma, la competencia de la Corte estaría condicionada a la solución de una cuestión preliminar, a saber: si la infracción a analizar para determinar si hubo una violación del artículo 7 constituía un crimen en el derecho nacional o internacional en el momento de su comisión. En este sentido, para resolver esa cuestión preliminar, la Corte tendría que tomar en consideración las provisiones de derecho penal relevantes para tal efecto en el derecho interno y, si fuera necesario, en el derecho internacional, según el caso, y esta cuestión se convertiría en un paso necesario para que la Corte pudiera pronunciarse respecto a la violación del artículo 7.⁹ De otro lado, respecto a la cuestión sobre la justa medida de este ejercicio y cuál sería el límite de la Corte Europea para aplicar esas normas de “derecho nacional e internacional” bajo el espectro del artículo 7 del Convenio Europeo, la autora se basó en la diferencia entre la jurisdicción primaria —que alude a las normas que la Corte puede aplicar directamente para

⁷ En este punto es pertinente señalar que en el caso *Kononov contra Letonia*, la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció sobre la legalidad de una condena por crímenes de guerra dictada por la Corte Suprema de Letonia, con base en el Código Penal de ese país, el cual entró en vigor en 1993. En virtud del caso, un ciudadano letón había sido juzgado por participar en 1944 en una expedición militar en contra de algunos habitantes de la villa de Mazie Batie, en Letonia, que en aquel momento estaba bajo la administración de Alemania. En la expedición fueron asesinadas nueve personas sospechosas de colaborar con el Wehrmacht debido a que en sus casas se encontraron municiones y armas alemanas. En consecuencia, para revisar la legalidad de la condena dictada a Kononov por la Corte de Letonia, el Tribunal Europeo debió analizar la aplicación efectuada por la jurisdicción interna de las provisiones del Código Penal letón, en el que se remite a las disposiciones relevantes de derecho internacional en cuanto a la regulación de los crímenes de guerra, a saber: el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario. Por lo tanto, en *Kononov contra Letonia* la Corte debió analizar las disposiciones pertinentes de tres cuerpos normativos distintos: el Código Penal de Letonia, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario; este último de especial relevancia para el estudio efectuado por la Corte Europea, toda vez que le dio las bases para distinguir si las personas asesinadas eran combatientes o pertenecientes a la población civil no combatiente. *Ibidem*, p. 1050.

⁸ *Ibidem*, p. 1047.

⁹ *Ibidem*, p. 1048.

fallar el caso— y la jurisdicción incidental —que recae sobre aquellas disposiciones que la Corte puede aplicar para resolver una cuestión preliminar cuya resolución es necesaria para decidir sobre la cuestión principal llevada ante ella. Sin embargo, en este punto es pertinente resaltar que la decisión final de la Corte siempre recaerá sobre la violación de las normas contenidas en la propia Convención, no respecto de la violación de provisiones de derecho nacional e internacional examinadas en la jurisdicción incidental.¹⁰

De esta forma, la autora concluye que la Corte Europea de Derechos Humanos tiene la competencia incidental para aplicar disposiciones de derecho Interno y de derecho internacional, con base en las *renvois* pertinentes para este efecto contenidas en el Convenio Europeo; más aun cuando, aunque esa competencia no está expresamente consagrada por el Tratado, la Corte tiene una competencia inherente a su jurisdicción que la lleva a adelantar aquellas funciones indispensables para decidir sobre los méritos del caso, decisión esta última que depende de la correcta aplicación de las reglas externas a la Convención a las cuales esta remitió.¹¹ (Como se ve, aquí se adelanta un estudio en detalle del texto, que permite tenerlo en cuenta frente al proceso seguido por el SIDH, en la medida en que la noción de reenvío o remisión puede ser tenida en cuenta como referencia siempre y cuando se haga un uso razonable de esta herramienta, frente a desafíos que se les presentan no solo a los tribunales internacionales frente los estados, sino también entre diversas fuentes normativas que pueden aplicarse en el ámbito interno.)

2. 2. Teoría de la remisión y SIDH: alcances y límites

Ahora bien, este desarrollo adelantado respecto a la posibilidad de la Corte Europea de Derechos Humanos de aplicar normas de DIH en virtud de las *renvois* que algunas de las normas del Convenio Europeo, ¿podrían hacer que este cuerpo normativo tuviera relevancia en los casos concretos respecto a la posibilidad de la Corte IDH de aplicar normas de DIH? Para responder esta pregunta es menester hacer alusión a la diferencia entre *interpretar* y *aplicar*, utilizada por la Corte IDH para establecer que tiene competencia para interpretar normas de DIH en los casos sometidos a su conocimiento, mas no para determinar que un estado parte en la CADH ha violado este tipo de disposiciones. (Aunque, desde luego, y tal como se verá más adelante, la diferencia parece desvanecerse y el resultado final es que se tiende en la práctica a aplicar las normas

¹⁰ *Ibidem*, p. 1049.

¹¹ *Ibidem*, pp. 1058 ss.

humanitarias. Pero conserva dicha diferencia una importancia metodológica para comprender los alcances de la teoría de la remisión, como aquí se ha denominado.) Así, de un lado, *interpretar* hace referencia a discernir el significado de algo, en este caso, una norma de derecho internacional. Por su parte, *aplicar* alude a la puesta en práctica de una norma, a su empleo con el destino específico de imponer una consecuencia jurídica a su uso en un caso concreto. De esta forma, el artículo 9 de la CADH, en el cual se consagra el principio de legalidad en condiciones similares a las establecidas por el artículo 7 de la Convención Europea, puede servir como ejemplo para establecer las diferencias prácticas entre las posibilidades que se presentarían para la Corte IDH si considerara que la *renvoi* contenida en ese artículo le permite no solo interpretar sino también aplicar normas de DIH.

El artículo 9 de la CADH establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Así, si el derecho aplicable en un caso concreto fuese el DIH y el tribunal interamericano tuviese la competencia de aplicar esas disposiciones, la conclusión sería que la Corte tendría que declarar que, si encuentra que hubo efectivamente violación del artículo 9, por un lado, y de alguna norma de DIH, por el otro, el Estado es responsable internacionalmente por la violación de ambas disposiciones. Sin embargo, si sobre el mismo supuesto la Corte IDH tuviese tan solo la competencia para interpretar el artículo 9 con base en el cuerpo normativo otorgado por el DIH, la conclusión sería que el tribunal interamericano tendría que analizar cuál era la normatividad de DIH aplicable, si esta fue violada y, en caso de responder afirmativamente a esta cuestión, determinar que el estado parte en la Convención incurrió en responsabilidad internacional por la violación única del artículo 9; al tiempo que, para decidir lo anterior, la Corte habría tenido que interpretar —no aplicar directamente— las normas de DIH respecto del caso concreto.

Hay autores que apoyan esta diferencia: así, según uno de ellos, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, existe una clara diferencia entre aplicar e interpretar una disposición de la Convención, en cuanto *aplicar* supone el acto por el cual la Corte utiliza una norma jurídica con el objeto de evaluar la responsabilidad internacional de los estados parte de la Convención, mientras que *interpretar* implica determinar el contenido de la norma que está autorizada a aplicar. Sin embargo, esta distinción, aun cuando es formalmente correcta, en realidad es irrelevante, porque al interpretar disposiciones de DIH la Corte, si bien no está ejerciendo un control directo de los alcances de este

último estatuto normativo, indirectamente está reforzando su cumplimiento, ante lo cual la Convención resulta ser una vía indirecta para obligar a los estados americanos a cumplir con los estándares humanitarios.¹²

3 ● Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Hecha esta referencia a la teoría de la remisión, se pasa a dar cuenta de las posiciones que adoptan los dos órganos que componen del SIDH. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue el primer órgano del sistema en analizar si un estado incurría o no en responsabilidad internacional por violaciones a las disposiciones del derecho internacional humanitario en los casos sometidos a su conocimiento en los cuales se presentaron conflictos armados no internacionales, y en usar a su vez estas disposiciones como instrumentos de interpretación de los hechos presentados.

En el Informe anual de 1997, la Com IDH publicó tres casos hito al respecto: el informe n.º 26/97, de 30 de septiembre de 1997, respecto del caso 11.142, *Arturo Ribón Ávila contra Colombia*; el informe n.º 38/97, del 16 de octubre de 1997, respecto del caso 10.548, *Hugo Bustíos Saavedra contra Perú*, y el informe n.º 55/97, del 18 de noviembre de 1997, respecto del caso 11.137, *Juan Carlos Abella contra Argentina*. De otro lado, en el caso *Las Palmeras contra Colombia*, que fue fallado por la Corte IDH, la Comisión argumentó por primera vez ante el tribunal interamericano que tenía competencia para aplicar las normas de derecho internacional humanitario en aquellos casos sometidos a su conocimiento y respecto de los cuales se presentarán situaciones propias de conflictos armados. A continuación se reseñarán los argumentos de mayor relevancia contenidos en los informes y se hará referencia al caso *Las Palmeras contra Colombia* para ilustrar la evolución argumentativa de la Com IDH en cuanto a su competencia para aplicar disposiciones de derecho internacional humanitario en los casos sometidos a su conocimiento.

¹² Ernesto Alonso Aguinaga Meza: "El derecho internacional humanitario en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en Grupo de Estudios en Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais (GEDI-UFG), <<http://gedi.objectis.net/ilsabrazil2008/artigos/dheh/aguinaga.pdf>> (20.1.2009).

3.1. Informe n.º 26/97, del 30 de septiembre de 1997

En el informe de fondo elaborado por la Com IDH para este caso, el órgano cuasijudicial del SIDH analizó las presuntas violaciones cometidas por el Estado colombiano de los derechos contenidos en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Todo ello en cuanto a las circunstancias relacionadas con la muerte de señor Arturo Ribón Avilán y otras diez personas, como resultado de un enfrentamiento armado entre miembros del Ejército, del Departamento Administrativo de Seguridad, la Policía y la Sijin de la República de Colombia contra personas del grupo armado disidente M-19.

La relevancia de este informe para efectos de analizar la argumentación de la Com IDH radica en que en él sostuvo que se debían aplicar las disposiciones del derecho internacional humanitario, por cuanto se estaba en presencia de un conflicto armado no internacional, en el cual para el análisis de los hechos debían tenerse en cuenta las obligaciones contenidas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, suscritos por el Estado colombiano.¹³ Ello, toda vez que el artículo 29 de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto” de otros actos internacionales de la misma naturaleza o de otra convención de la que sea parte un estado.¹⁴

En consecuencia, la Comisión declaró que era competente para aplicar *directamente* normas de derecho internacional humanitario o, en todo caso, para interpretar las disposiciones de la Convención con base en las normas del derecho internacional humanitario.¹⁵ El punto de partida de esta posibilidad es el que más consecuencias políticas trae para los estados: la constatación de una situación de conflicto armado interno,

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 26/97, caso 11.142, *Arturo Ribón Ávila contra Colombia*, 30 de septiembre de 1997, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero de 1998, § 168 ss.

¹⁴ *Ibidem*, § 132. Igualmente, es importante recalcar que, en virtud del artículo 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 26/97, loc. cit., § 170 ss.

a pesar del principio según el cual la Convención se aplica en situaciones de paz y de que a menudo instituciones o funcionarios niegan la existencia del conflicto.

En el caso que se comenta, teniendo en cuenta que Colombia alegó que las muertes objeto de análisis se produjeron como consecuencia de una legítima defensa del Estado, la Com IDH reconoció el pleno derecho del Estado de Colombia a defenderse contra las acciones violentas que se adelanten contra él y, por lo tanto, a adelantar acciones militares contra el M-19.¹⁶ No obstante, también apreció que, considerando que las muertes de los guerrilleros se produjeron cuando estos se encontraban ya fuera de combate y en manos de las autoridades colombianas, el Estado de Colombia no tenía derecho a matarlos.¹⁷ En consecuencia, la Com IDH estableció:

[...] estos combatientes heridos o en estado de indefensión, así como cualquier civil herido, tenían el derecho absoluto a las garantías a un trato humano, establecidas en las garantías no suspendibles del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y de la Convención Americana.¹⁸

Surge aquí, y es fundamental en el análisis, el tema de la protección, relacionado con la noción de persona protegida. Es sobre esa base que la Com IDH hará la conexión, en términos de *complementariedad*, entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, entre la *vida*, la *integridad*, la *dignidad* y la protección específica de las personas inmersas en un conflicto armado.

En este sentido, la Com IDH señaló que en situaciones de conflicto armado el artículo 27 de la Convención Americana prohíbe expresamente cualquier suspensión de la obligación de respeto consagrada en el artículo 4 de la Convención —el respeto a la vida—, lo que constituye una garantía no derogable que se aplica y se interpreta conjuntamente con lo establecido por el derecho internacional humanitario para las situaciones en que existen hostilidades internas.¹⁹ Se subraya así la convergencia y complementariedad entre las normas del derecho internacional de los derechos humanos y aquellas del derecho internacional humanitario. Finalmente la Com IDH estableció que la ejecución sumaria de las personas asesinadas “no solo violó el artículo 3 común, sino también el

¹⁶ *Ibidem*, § 133.

¹⁷ *Ibidem*, § 134.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, § 135.

artículo 4 de la Convención Americana”.²⁰ Al cerrar el argumento de la complementariedad, dice la Comisión:

Es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que los derechos humanos y el Derecho humanitario convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente.²¹

Este es un argumento que se repite en diversos informes de la Com IDH y es central para el presente informe. Así, la Comisión ha concebido de manera reiterada que la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un *núcleo común* de derechos no suspendibles, que tienen como propósito conjunto proteger la integridad física y la dignidad del ser humano. De esta forma, las diferencias se preservan, pero confluyen en un ámbito de protección común. En este sentido se puede reinterpretar una correcta conclusión sobre los sistemas que, lejos de separarlos, los reúne como ámbitos confluyentes de protección:

Mientras el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en todo momento, el derecho humanitario se aplica exclusivamente en situaciones de conflicto armado. Mientras el derecho internacional de los derechos humanos parte de que el deber de respeto y garantía de los derechos está en cabeza de los estados, el derecho humanitario señala que el deber de respeto de las normas humanitarias está en cabeza de las partes del conflicto. Mientras el derecho internacional de los derechos humanos protege a toda persona que se encuentre bajo jurisdicción de un Estado, el derecho humanitario protege solamente a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades.²²

Estas son, según Alejandro Valencia, las tres diferencias fundamentales entre ambos sistemas de protección internacional de la persona humana.

3.2. La dignidad como núcleo común entre los dos sistemas de protección

Se ha subrayado aquí el hecho de que la dignidad ha sido concebida como núcleo común a las dos normatividades diferentes reseñadas. El rescate de este núcleo se extiende, además, en todos los argumentos y constituye en realidad una triada: *vida-integridad-dignidad*. En términos de protección y de acuerdo con la especificidad del DIH, la

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, § 174.

²² Alejandro Valencia Villa: *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 111.

vida y la integridad, en conjunto con la dignidad, tienen un papel central. Además, y de hecho, desde la teoría jurídica de los derechos humanos, la noción de dignidad puede servir como criterio para establecer, más allá del criterio puramente legal, cuándo una acción concreta puede ser considerada una violación de derechos humanos en el derecho interno. Así, por ejemplo, en el caso de aquellos criterios que no son simplemente los legales, para deducir cuándo una acción constituye una violación de derechos humanos se puede buscar apoyo en la teoría jurídica y concluir:

[...] existe una serie de criterios que deben ser tomados en consideración por el operador jurídico a la hora de fijar qué derechos deben ser particularmente protegidos y, en consecuencia, formar parte del núcleo duro de los derechos humanos. El criterio principal proviene de la razón de ser de los tratados de derechos humanos: la protección de la persona y su dignidad. Puede decirse entonces que deberán hacer parte del núcleo duro de los derechos humanos, aquellas normas que de manera superlativa realizan esta protección.²³

4 • La legislación penal: la triada *vida-integridad-dignidad* como base de tipos penales pluriofensivos

Desde el punto de vista de la adecuación legislativa interna de crímenes internacionales y de la persecución penal nacional de crímenes de guerra, el aspecto relacionado con al triada mencionada es bien significativo. En el caso colombiano, solo para reseñar un caso particular, existe un título específico de la parte especial del Código Penal vigente dedicado a los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. El bien jurídico es el DIH, pero, desde luego, se trata de delitos de carácter pluriofensivo y se protegen simultáneamente la vida, la integridad, la autonomía y la libertad sexuales, en escenarios de conflicto armado y específicamente para personas protegidas. La noción de dignidad cruza además estas disposiciones: piénsese por ejemplo en la norma sobre tortura en persona protegida o en el artículo 138, que se refiere a la agresión sexual violenta en persona protegida. Sería un tipo especial

²³ Rodrigo Uprimny y Danilo Rojas: “Guía para la caracterización e identificación de casos de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”, en Alejandro Aponte: *Protocolo para el reconocimiento de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio en persona protegida*, Bogotá, Vicepresidencia de la República, programa de lucha contra la impunidad, julio de 2008, p. 19.

del tipo básico de acceso carnal violento —de hecho, la norma remite a este tipo para llenar su contenido, pero el tipo penal específico debe adecuarse típicamente, en función de la exigencia de los elementos normativos jurídicos, “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” y “persona protegida”.

Esta es la especificidad de su protección y por eso la insistencia de la Com IDH en el individuo como sujeto de protección: la Comisión ha considerado que en aquellas situaciones en que la Convención Americana y el derecho internacional humanitario son aplicables de manera concurrente, el artículo 29.b de la Convención exige otorgar efecto legal a las normas aplicables de derecho humanitario, con lo que dispone la aplicación de lo que se ha denominado la *cláusula más favorable al individuo*. Según esta cláusula, ninguna disposición de la Convención Americana puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de estos estados.

Por lo tanto, de la cláusula en alusión se deriva que, cuando existen diferencias entre las normas legales que rigen derechos idénticos o similares en la Convención Americana y en un instrumento de derecho internacional humanitario, la Comisión estaría obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado que mejor proteja aquellos derechos, aun cuando esta norma sea parte del derecho internacional humanitario.²⁴ No se debe olvidar un hecho fundamental y ello es consustancial al derecho internacional de los derechos humanos: la noción de *persona protegida* no es solo un concepto normativo; ante todo, constituye un reconocimiento ético-político que se otorga a las personas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad y opera en la práctica como una exigencia a todos los autores que utilizan las armas y que combaten en escenarios de conflicto armado. (Nótese que hemos introducido aquí una referencia a los actores, cuando estamos aludiendo a ámbitos de responsabilidad estatal. Pero luego se verá cómo estas fronteras, en una última etapa de actuación del SIDH, tienden a borrarse o son muy tenues.)

Si se hace un símil —y esta es una contribución concreta de la discusión generada por el SIDH— con la justicia penal internacional, dentro del Código Penal, entre esta legislación y los argumentos desarrollados por la Com IDH, podría concluirse lo siguiente: la vida, como objeto de protección en tiempos de paz, está protegida en diversos tipos penales, como es el homicidio simple o el homicidio calificado o agravado; en

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 55/97, caso 11.137, *Juan Carlos Abella contra Argentina*, 18 de noviembre de 1997, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero de 1998, § 164 ss.

tiempos de guerra, esa misma vida, precisamente en relación con el sujeto de protección en dichos tiempos, se protege por el artículo que castiga el homicidio en persona protegida. La libertad sexual en tiempos de paz se protege por la norma general, y en tiempos de guerra, por la específica comentada. Así se complementan en la práctica los dos ámbitos de protección, por decirlo así, y los dos conviven de manera simultánea en el mismo código. Tanto menos complejo será para los operadores interpretar las normas cuanto existan estatutos normativos específicos, como es el caso de un Código Penal Internacional. Todo ello se refuerza, además, con decisiones constitucionales, a las cuales se hará referencia en su momento. Este es el sentido último que tienen los informes de la Com IDH, más problemáticos, desde luego, que la legislación penal, en la medida en que no existe una competencia directa para aplicar normas del derecho internacional humanitario.

5 • Sobre los límites de la acción legítima de defensa estatal

Volviendo al informe que se viene analizando y respecto de los límites que tiene el Estado en su defensa —argumento fuerte de los propios estados fundado precisamente en las posibilidades que da el derecho de la guerra, el *ius in bellum*— estableció la Comisión:

La aplicación del derecho humanitario puede servir, en principio, como una defensa para el Estado para refutar que se hayan cometido violaciones de los derechos humanos durante situaciones de conflicto armado [...]. Sin embargo, cuando el derecho humanitario es aplicable, también deben observarse los límites que impone a los agentes estatales en su actuar en el contexto del conflicto armado. Por lo tanto, la Comisión debería, en casos como el presente que presentan situaciones de conflicto, y especialmente donde el Estado hace especial referencia al conflicto, aplicar el derecho humanitario para analizar la acción de las fuerzas públicas con el objetivo de determinar si ha sobrepasado los límites de la acción legítima.²⁵

Teniendo en cuenta que el Estado colombiano, en su respuesta a este caso, argumentó que la Comisión carecía de competencia para aplicar el derecho internacional

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 26/97, loc. cit., § 168.

humanitario, según el artículo 44 de la Convención, la Comisión defendió su competencia con tres argumentos que serán expuestos a continuación.²⁶ En primer lugar, estableció un argumento de *especificidad* del derecho internacional humanitario sobre la Convención Interamericana, considerando que, aun cuando técnicamente la Convención Americana y los otros tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados, “ninguno de estos instrumentos de derechos humanos ha sido diseñado para regular situaciones de esa índole y, por lo tanto, no incluyen normas que rijan los medios y los métodos de los conflictos armados”.²⁷ En este sentido, considerando que el derecho internacional humanitario no se aplica por lo general en tiempo de paz y su objetivo fundamental es restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades, es “comprensible que las disposiciones del derecho humanitario convencional y de la costumbre otorguen, en general, protección más específica para las víctimas de los conflictos armados que las garantías enunciadas de manera más general en la Convención Americana”.²⁸ El tema de la protección aquí se vuelve fundamental, precisamente en función de la especificidad.

Los argumentos centrales se repiten en los diferentes informes ya reseñados. Se hará referencia a otro, por tratarse de un país también muy importante para la aplicación posible, en casos concretos, del DIH.

5.1. Informe n.º 38/97 del 16 de octubre de 1997

El informe de fondo sobre el caso *Hugo Bustíos Saavedra contra Perú* tiene como fundamento fáctico la muerte del periodista Hugo Bustíos Saavedra y las heridas de bala recibidas por su colega Eduardo Rojas Arce. Los hechos se denunciaron como perpetrados por agentes de la República del Perú a la entrada de la ciudad de Erapata, departamento de Ayacucho, el 24 de noviembre de 1988, en el marco de un conflicto armado interno que se vivía en esa época, de acuerdo con la concepción de la Com IDH. En este sentido, los peticionarios solicitaron a la Comisión una resolución en la que censurara al Perú por violar los derechos contenidos en los artículos 1.1, 4.1, 5, 13.1 y 25 de la Convención Americana.

A partir de lo anterior, este informe adquirió relevancia para la aplicación de las normas de derecho humanitario por la Com IDH, en cuanto este órgano estableció

²⁶ *Ibídem*, § 171 ss.

²⁷ *Ibídem*, § 171.

²⁸ *Ibídem*.

su competencia para aplicarlas directamente al analizar los hechos sometidos a su conocimiento, considerando que se perpetraron en el marco de un conflicto armado no internacional, y ello a pesar de que los peticionarios no solicitaron la aplicación de disposiciones de derecho humanitario en el presente caso. Es decir, la Com IDH fue más allá, incluso en la interpretación, de los argumentos de los peticionarios. En este sentido, justificó la aplicación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, en cuanto este artículo “contiene reglas mínimas que gobiernan la conducta de hostilidades, las que son igualmente obligatorias tanto para las fuerzas armadas estatales como para los grupos armados disidentes en todo conflicto armado interno, incluido el de Perú”.²⁹ Puede agregarse, respecto de esta consideración, que desde la misma concepción más originaria acerca de las normas del derecho internacional humanitario contenidas en los Convenios de Ginebra se concibió que el artículo 3 común constituía una especie de *minitratado* de derechos humanos, es decir, de mínimos insalvables, dentro de un gran tratado que se refería a la guerra, precisamente, como hecho de negación por principio del derecho.

Según la Com IDH, a partir del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, según el cual se prohíben ataques de combatientes contra civiles y contra la población civil en general, la Com IDH estableció que, pese a que los periodistas o reporteros en zona de combate implícitamente asumen el riesgo de muerte o de ser heridos incidental o colateralmente a causa de ataques sobre blancos militares legítimos, las circunstancias que rodearon los ataques a Hugo Bustíos y Eduardo Rojas Arce indicaban que no se trató de hechos accidentales, sino intencionales, por agentes estatales.³⁰

Se hizo referencia entonces a uno de los sujetos que constituyen personas protegidas: los periodistas en situaciones de conflicto armado interno. En consecuencia, la Comisión concluyó que el Estado del Perú era responsable por la violación, en perjuicio de Hugo Bustíos Saavedra, de los derechos a la vida, la libertad de expresión y la protección judicial. Señaló, por su parte, que el Estado había violado, en perjuicio de Eduardo Rojas Arce, los derechos a la integridad personal, la libertad de expresión y la protección judicial. Igualmente, manifestó que, con relación al derecho a la vida de Hugo Bustíos

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 38/97, caso 10.548, *Hugo Bustios Saavedra contra Perú*, 16 de octubre de 1997, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero de 1998, § 58.

³⁰ *Ibidem*, § 60 y 61.

Saavedra y a la integridad personal de Eduardo Rojas Arce, el Estado peruano violó a su vez el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.³¹

La constante alusión de la Com IDH al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra se hace también en función del derecho de gentes, lo cual es coherente con la lógica del derecho internacional humanitario. Desde luego, ello debe, diferenciarse, por ejemplo, de aquellos extravíos que pretender deducir tipos penales del derecho de gentes, aplicarlos directamente a casos concretos, a contrapelo de la legislación interna o para deducir ad-hoc supuestos ámbitos de protección no regulados previamente. Aquí se trata, al contrario, de una conexión directa del derecho de gentes con el derecho internacional humanitario, si se entiende, por supuesto, que el derecho de gentes ha sido ante todo un estatuto normativo que ha buscado regular las consecuencias de la guerra o, incluso, en el ámbito interno, las consecuencias de las declaraciones de sitio o de conmoción interior o de emergencia. Pero debe rescatarse siempre este sentido, porque en innumerables ocasiones también se ha pretendido utilizar el derecho de gentes como una carta a *lunga manus* para propiciar, con la excusa de la guerra o de la excepción, toda suerte de violaciones a los derechos humanos o a las propias leyes de la guerra. Por eso, en países con conflictos tan degradados como Colombia o en aquellos donde situaciones de emergencia pueden ser utilizadas como mecanismos de persecución política o de restricción de toda suerte de garantías, el énfasis, ya frente a las normas del DIH, no radica tanto en las posibilidades que tienen los actores para hacer la guerra, sino en el absoluto respeto por la población civil no combatiente y en general por las personas protegidas: se trata más del *ius in bellum* que del *ius ad bellum*. Esta es la auténtica función de las normas humanitarias, al mismo tiempo que, justo por esta función de límite, propicia las bases y los puentes para posibles entendimientos entre enemigos y procesos de paz o de desmovilización de actores inmersos en diversos conflictos.

5.2. Informe n.º 55/97, del 18 de noviembre de 1997

El siguiente caso se reseña, en la medida en que, por decirlo así, constituye para la Com IDH una extensión compleja del ámbito de protección respecto de las normas del derecho internacional humanitario, especialmente porque se trata de hechos que es difícil caracterizar como generados en el contexto de un conflicto armado. En el informe de fondo, la Com IDH procedió a analizar la responsabilidad internacional de Argentina

³¹ *Ibidem*, § 88.

por la violación de los artículos 4, 5.1, 7.5, 8, 24 y 25 de la Convención Americana, respecto de los eventos que tuvieron lugar el 23 y el 24 de enero de 1989 en el cuartel militar del Regimiento de Infantería Mecanizada N.º 3 Gral. Belgrano (RIM 3), localizado en La Tablada. En desarrollo de estos hechos, 42 personas armadas atacaron el mencionado cuartel y, como resultado de los combates producidos durante aproximadamente 30 horas entre los atacantes y fuerzas de seguridad, se produjo la muerte de 29 atacantes y de algunos agentes del Estado.

Argentina defendió la intervención de las fuerzas armadas en la operación por considerarla de legítima defensa, toda vez que los hechos tuvieron lugar en un área sujeta a control militar. Por su parte, la Com IDH determinó que en este caso se presentó un conflicto armado interno durante el tiempo que duró el ataque. Manifestó que, a diferencia de las situaciones de violencia interna, “el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan”.³² Y agrega luego que “en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular”.³³

La Com IDH hace referencia, especialmente, al artículo 3 común, y por eso podría pensarse que no fuera tan exigente para caracterizar un conflicto armado, como correspondería a la aplicación de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra. Por ello, aclaró que para la aplicación del artículo 3 común no se requería la existencia de hostilidades generalizadas y de gran escala, ni una situación que pueda compararse con una guerra civil —sin necesidad de ser declarada, desde luego—, en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. Hoy en día, empero, incluso en concordancia con los avances de la jurisprudencia del sistema y la sofisticación en el uso de los protocolos adicionales de Ginebra, sería difícil sostener esta hipótesis.

El fenómeno territorial y las acciones concertadas sobre un territorio, incluso si los actores son nómadas, es un hecho fundamental. Pero debe entenderse que en este caso lo interesante, desde el punto de vista de una interpretación basada en normas del DIH, es la intención de separar la noción de combate de meros enfrentamientos

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 55/97, loc. cit., § 152.

³³ *Ibidem*, § 152.

anarquistas o de situaciones de asonada, por ejemplo. Por eso, para la Com IDH los hechos de La Tablada no podían ser correctamente caracterizados como una situación de disturbios internos, sino que las acciones emprendidas por los atacantes constituían actos hostiles concertados: un ataque armado, planificado cuidadosamente, contra un cuartel —el cual constituye un objetivo militar característico— y en el que participaron directamente fuerzas armadas del gobierno.³⁴ No obstante la conducencia de este argumento, es claro que la noción de conflicto armado, y más si es interno, sobrepasa la mera situación fáctica de los combates. De hecho, paradójicamente, reducir conflicto a combates genera una mayor desprotección de los civiles que pueden ser —y lo son de hecho— muertos fuera del calor de los combates.

6. Un caso emblemático del sistema: *Las Palmeras contra Colombia*

En *Las Palmeras contra Colombia* la Comisión demandó al Estado colombiano ante la Corte IDH para que esta declarara la responsabilidad internacional de Colombia por la violación de los artículos 4, 8 y 25 de la Convención, así como la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en ella, conforme a su artículo 1.1. Igualmente, la Com IDH demandó a este país por la violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. Se trató de una operación armada llevada a cabo por la Policía Nacional en la localidad de Las Palmeras, municipio de Mocoa, departamento de Putumayo, en virtud de la cual se ejecutó extrajudicialmente a varias personas y se violaron los derechos de varios civiles que se encontraban en la localidad.

Tomando en consideración lo expuesto, la Comisión alegó que era competente para aplicar las disposiciones de derecho internacional humanitario, al tiempo que la Corte IDH también lo era para declarar la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.³⁵

Respecto del caso es necesario, en primer lugar, hacer referencia a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado respecto de la falta de competencia, tanto

³⁴ *Ibíd.*, § 155.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia del 4 de febrero de 2000, excepciones preliminares, § 29.

de la Corte como de la Comisión, para aplicar disposiciones de derecho internacional humanitario: el Estado colombiano afirmó que los artículos 33 y 62 de la Convención limitan su competencia a la aplicación de lo establecido en ella, lo que deriva en que los órganos del SIDH no podrían condenar a un estado por violación de disposiciones diferentes. El Estado sostuvo que ni el artículo 25 ni el artículo 27.1 de la Convención Americana pueden ser interpretados como normas que autorizan a la Corte a aplicar los Convenios de Ginebra.³⁶ En cualquier caso, en la demanda de excepciones preliminares propuso la distinción entre *interpretación* y *aplicación*, para luego señalar que la Corte podría interpretar los Convenios de Ginebra al igual que otros tratados internacionales, pero solo podría aplicar la Convención Americana. Así las cosas, el Estado manifestó que estaba de acuerdo en interpretar armónicamente la Convención con otros tratados, pero no admitió la aplicación directa del artículo 3 común como una norma infringida por Colombia en un caso individual.³⁷ (Luego se verá que la Corte toma esta distinción pero le va dando otros efectos, de modo que el argumento tuvo consecuencias opuestas a las buscadas.)

En su respuesta a las excepciones relativas a su propia competencia y a la de la Corte sobre la aplicación del derecho humanitario y otros tratados, la Comisión afirmó que el caso debía ser decidido a la luz de las normas consagradas tanto en la Convención Americana como en el derecho internacional humanitario consuetudinario —*ius gentium*— aplicable a conflictos armados internos, plasmado en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949. Así reiteró su convencimiento de que tanto ella como la Corte tenían competencia para aplicar esa normativa.³⁸

En este sentido y como punto de partida para la defensa de su competencia, la Comisión señaló que Colombia no objetó el hecho de que en el momento en que se produjo la pérdida de vidas relatada en la demanda se desarrollaba en su territorio un conflicto armado no internacional, así como tampoco refutó que dicho conflicto corresponde a la definición prevista en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.³⁹ De acuerdo con ello, en los alegatos presentados ante la Corte para defender sus argumentos contra las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, la Comisión consideró que en un conflicto armado hay casos en que un enemigo puede ser muerto legítimamente, mientras que en otros ello está prohibido. Consecuentemente, para la

³⁶ *Ibidem*, § 30.

³⁷ *Ibidem*, § 30 y 34.

³⁸ *Ibidem*, § 29.

³⁹ *Ibidem*.

Com IDH, la aplicación de los Convenios de Ginebra sería de gran utilidad al interpretar estos casos en los que se presenta un conflicto armado, por cuanto la Convención Americana no contiene ninguna norma para distinguir una hipótesis de la otra.⁴⁰ Así, la Comisión invocó el artículo 25 de la Convención Americana para validar su competencia de aplicación de disposiciones de derecho humanitario, con base en los mismos argumentos expuestos para tal efecto en los informes referidos.⁴¹ Igualmente, arguyó la posibilidad de aplicar el derecho internacional humanitario, toda vez que existe una relación particular entre el artículo 4 de la Convención Americana y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. En este caso existiría, como se viene planteando, un núcleo de protección a la vida.⁴² Haciendo referencia al artículo 3 común, la Comisión consideró:

[Las conclusiones] respecto de esa norma de derecho internacional humanitario, en relación al artículo 4 de la Convención en el presente caso, conllevan una interpretación proactiva y justificada del mandato de los órganos del sistema, consistente con el objeto y fin del derecho internacional de los derechos humanos, y a la vez respetuosa, en esencia, de la regla del consentimiento y del valor de las normas imperativas del derecho internacional.⁴³

Concluyó su argumentación manifestando:

[...] ignorar el contenido y el alcance de ciertas obligaciones internacionales del Estado, y renunciar a la tarea de armonizarlos con la competencia de los órganos del sistema interamericano en un contexto integral y teleológico, implicaría traicionar el bien jurídico y ético promovido por el artículo 29, vale decir, la mejor y más progresiva aplicación de la Convención Americana.⁴⁴

Se refuerza con ello el argumento de la necesidad de aplicar la cláusula más favorable al individuo.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem*, § 31.

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

7 • Regulación de los estados de excepción: una aproximación a la protección de la vida, la integridad y la dignidad en escenarios de emergencia

Antes de abordar el análisis de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de las normas sobre derecho internacional humanitario, es importante detenerse en aspectos relacionados con la regulación y limitación que ha adelantado el SIDH de los efectos que producen los estados de excepción sobre los derechos y garantías. Ello pues es justamente a través de las declaratorias de excepción —sea a través del estado de sitio o de estados de conmoción interior o, en muy pocas ocasiones, el de guerra exterior— que los estados no solo restringen garantías, sino que comenten infracciones al derecho internacional humanitario. El tema es, desde luego, muy amplio y la jurisprudencia del sistema ha sido muy importante y decisiva al respecto; por ejemplo, en relación con la protección de garantías judiciales, tema especialmente crítico en el contexto de la emergencia o de la excepción. Piénsese en la opinión consultiva —hito en este punto— OC 9/87, del 6 de octubre de 1987, referente a las garantías judiciales en estados de emergencia. La Corte determinó en esta opinión el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habida cuenta de que el Estado de Uruguay sometió esta cuestión a su consideración. En este caso se trató del hábeas corpus, recurso de “exhibición personal”, como con acento literario se entiende, y de la imposibilidad de ser este suspendido.

Si gran parte de la discusión del derecho público en el siglo XX alrededor de los estados de excepción fue la relativa a su carácter, en el sentido de si son declarativos o constitutivos, el SIDH ha prohijado la existencia de estados de excepción de carácter declarativo. Quiere ello decir que no se constituye —muchas veces de manera artificial— un estado de emergencia con el propósito de alterar la Constitución, de manipular e instrumentalizar el derecho penal, de perseguir enemigos, sino que se declara una situación de caos o de emergencia realmente existente. Y ello solo puede funcionar cuando se limita el uso del estado de excepción y se lo somete a todo tipo de controles, políticos y jurisdiccionales. Se trata de una tarea muy importante desempeñada por el SIDH, que ha tenido también repercusión en su concepción de las normas del derecho internacional humanitario. En ese sentido es importante referirse al informe n.º 26/97, del 30 de septiembre de 1997, respecto del caso 11.142, *Arturo Ribón Ávila contra Colombia*, por

la Com IDH y en relación con la Corte IDH, así como a la sentencia respecto a las excepciones preliminares opuestas por el Estado de El Salvador en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*.

En el informe n.º 26/97, la Com IDH señaló que en situaciones de conflicto armado el artículo 27 de la Convención Americana prohíbe expresamente cualquier suspensión de la obligación de respeto consagrada en el artículo 4 de la Convención, lo que constituye una garantía no derogable que se aplica y se informa conjuntamente con lo establecido por el derecho internacional humanitario para las situaciones en que existen hostilidades internas. Subraya así la convergencia y la complementariedad entre las normas del derecho internacional de los derechos humanos y aquellas del derecho internacional humanitario, pero esta vez la vía es la emergencia. Ello es importante pues en muchas ocasiones el uso del *derecho de gentes* o del derecho internacional humanitario, en escenarios de conflicto armado, una vez que se ha declarado una emergencia, ha tenido el propósito de liquidar sin límites al enemigo, más que el propósito genuino de acotar los efectos de la guerra. Así, a pesar de que la Com IDH llega por esta vía a las mismas conclusiones ya señaladas, enfatiza el ámbito de protección del DIH precisamente en situaciones de emergencia o de excepción.

Debe recordarse, además, y frente al litigio ante el sistema, que en diversas ocasiones los estados, justamente por encontrarse en situaciones de conflicto armado o en situaciones de emergencia, han alegado que no son responsables ante el sistema, pues este solo regiría para situaciones de paz. Este es precisamente el caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, al cual se le dedicará una reflexión particular, pero que es conducente citar aquí, ya que, según la Com IDH, el sistema de protección que establece la Convención Americana es de tal naturaleza que, aun en las circunstancias señaladas por el artículo 27 de dicho tratado, se estipula un núcleo intocable de derechos inderogables en situaciones de guerra, peligro público o cualquier otra situación de emergencia.

7.1. Tribunales nacionales y tribunales internacionales: esfuerzos unidos frente al impacto de la excepción

En este contexto de la emergencia, puede hacerse una alusión a la Corte Constitucional colombiana, con el propósito de acentuar este aspecto relacionado con la

ampliación del objeto de protección, con el uso del DIH como heredero legítimo del derecho de gentes y, sobre todo, como estatuto regulador insoslayable del uso de los estados de excepción —en el caso colombiano, en la fórmula reiterada en de *estado de conmoción interior*—. Así, a juicio de la Corte, “[l]a Constitución colombiana establece claramente que en todo caso se respetarán las reglas del Derecho internacional humanitario (CP, artículo 217, num. 2)”. Esto significa entonces que, conforme al mandato constitucional, el derecho internacional humanitario, que incluye obviamente el Protocolo II, se aplica en Colombia en todo caso, sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza la intensidad exigida por el artículo 1 estudiado.

En ese mismo orden de ideas, el ordinal segundo de este artículo señala que el Protocolo II no se aplica “a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. Para la Corte:

[...] este también es un requisito de aplicabilidad en relación con los compromisos internacionales del Estado colombiano, pero que frente al derecho constitucional colombiano, prima la perentoria regla del artículo 214 ordinal 2. Por consiguiente, frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de tratamiento humanitario, derivadas del derecho internacional humanitario, de todas formas se mantienen. Las normas humanitarias tienen así una proyección material para tales casos, pues pueden también servir de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues estas normas no están reservadas para guerras internacionales o civiles declaradas. Los principios humanitarios deben ser respetados no solo durante los estados de excepción, sino también en todas aquellas situaciones en las cuales su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana.⁴⁵

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia n.º C-225 de 1995, M. P., Alejandro Martínez Caballero, § 25 del fundamento jurídico. Se trata de una sentencia fundamental cuyos argumentos han sido reiterados de manera permanente por el juez constitucional colombiano. Debe agregarse, además, que esta providencia, retoma aspectos centrales ya establecidos por un magistrado emblemático por su talante liberal y la protección de los derechos y garantías, incluso en las más graves situaciones de orden público: se trata del magistrado Ciro Angarita Barón, quien actuó como ponente en las sentencias n.º C-574 de 1992 y C-088 de 1993. También debe destacarse que la Corte Constitucional rescata la función de acotamiento de los efectos de la guerra por parte del DIH y que su aplicación en ningún caso supone una promoción de la guerra. En ello coincide con toda la jurisprudencia, fundamental sobre el tema, de la Sala Penal de la Corte. Véase al respecto Alejandro Aponte: “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2.ª época, enero de 2007, pp. 79-111.

(Es importante resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos cita en varias ocasiones, en la sentencia sobre la *Masacre de Mapiripán*, que es varios años posterior, a la Corte Constitucional colombiana como fuente de interpretación de los alcances de las normas del derecho internacional humanitario en situaciones complejas de conflicto armado interno.)

Un hecho muy importante debe subrayarse: la protección no tiene lugar a partir del reconocimiento formal de una situación de guerra civil, opera con independencia de ella, así como tampoco opera como un reconocimiento de beligerancia de los actores, diferentes al Estado, inmersos en el conflicto. Esta es, además, la más genuina interpretación del artículo 3 común, precisamente para evitar que por decisiones políticas enredadas en el reconocimiento de beligerancia no se apliquen las normas humanitarias. Recuérdese que el artículo expresamente dice que su aplicación no incide en el estatus de las partes en conflicto.

8. El derecho internacional humanitario como contexto general de interpretación de los hechos y de las normas aplicables

La Corte Interamericana en principio no comparte los argumentos desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Así, el Tribunal del SIDH determinó que tanto la Com IDH como la Corte misma solo tienen competencia para interpretar las normas de la Convención Americana, aun cuando podrían interpretarlas conforme a disposiciones de derecho internacional humanitario. En diversos fallos se manifiesta su posición. Se han seleccionado aquellos más relevantes.

8.1. Caso *Las Palmeras contra Colombia*, excepciones preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia de excepciones preliminares del caso *Las Palmeras contra Colombia* se erige como sentencia hito respecto de la posición que el tribunal interamericano ha

adoptado sobre la posibilidad de que los órganos del SIDH puedan imputar responsabilidad internacional a los estados por violaciones a las disposiciones de derecho internacional humanitario. En efecto, partiendo de las excepciones preliminares opuestas por el Estado colombiano en el presente caso, sobre la carencia de competencia, tanto de la Corte IDH como de la Com IDH, para aplicar el derecho internacional humanitario y otros tratados internacionales diferentes a la Convención en los asuntos sometidos a su conocimiento, la Corte Interamericana estableció que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los estados parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.⁴⁶ El tribunal aceptó las excepciones preliminares opuestas por el Estado colombiano y recalcó que la Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus disposiciones.⁴⁷

Igualmente, estableció la Corte que ella es competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana, dejando claro con ello que en esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad a la luz de las disposiciones de la Convención, al tiempo que el resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana.⁴⁸ A renglón seguido, no obstante, la Corte IDH hizo énfasis en que la Convención solo ha atribuido competencia a la Corte y a la Comisión para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los estados con la propia Convención, no con los Convenios de Ginebra de 1949, con lo que se aparta de la posición establecida al respecto por la Com IDH.⁴⁹ La Corte agregó, finalmente, que si bien la Com IDH tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, de la Convención Americana se desprende que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culminen en una demanda ante la Corte debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención.⁵⁰

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Las Palmeras contra Colombia*, loc. cit., § 32.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, § 32 y 33.

⁴⁹ *Ibidem*, § 33.

⁵⁰ Sin embargo, la Corte IDH estableció que se exceptúan de esta regla los casos en que otra convención, ratificada por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer violaciones de los derechos protegidos por dicha convención, como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

No obstante, la Corte aclaró que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.⁵¹

8.2. Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, fondo, sentencia del 5 de noviembre de 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con posterioridad a la sentencia de excepciones preliminares del caso *Las Palmeras contra Colombia*, el tribunal interamericano de derechos humanos falló el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, a partir del cual desarrolló con mayores argumentos la posición adoptada por este órgano en cuanto a la falta de competencia de la Corte IDH y la Com IDH para aplicar disposiciones de derecho internacional humanitario, al mismo tiempo que acepta que las normas de derecho humanitario pueden y deben ser un instrumento fundamental de interpretación.

En el presente caso, la Corte analizó la posible responsabilidad internacional de Guatemala por la violación de los derechos contenidos en los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 13 y 25 de la Convención en relación con su artículo 1.1, así como los artículos 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Todo ello respecto del ciudadano Efraín Bámaca Velásquez, quien formaba parte de la denominada Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas y fue desaparecido forzosamente en el marco de un conflicto interno en Guatemala, tras un enfrentamiento entre el Ejército y la guerrilla que se produjo en la región oeste del país.

En el aparte correspondiente de la providencia, a través del cual la Corte IDH debía decidir si Guatemala había violado el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra

⁵¹ Algún sector de la doctrina ha hecho énfasis en el aspecto eminentemente procesal que impediría que la Corte aplique las normas del DIH, pero rescata el hecho de que sí debe hacerse uso interpretativo de dichas normas, en todo caso, como mecanismo de “presión” a los Estados para el respeto de las normas humanitarias. A manera de ejemplo, Omar Huertas Díaz, et al.: “La inaplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista De-Liberación de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín*, <http://www.sanmartin.edu.co/academicos_new/derecho/revista/Derecho_Humanitario.pdf> (20.1.2009). De otra parte y con mayor solidez, un autor recupera el sentido fundamental de protección del DIH, rescata el contexto de *ius cogens* que lo condiciona y percibe una tendencia inevitable del sistema a hacer uso de las normas humanitarias. Juan Carlos Ochoa Sánchez: *Los órganos interamericanos de derechos humanos frente a las violaciones del derecho internacional humanitario. Un análisis crítico de cómo opera el derecho de los derechos humanos*, tesis para optar al título de Abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001.

en relación con el artículo 1.1 de la Convención, este órgano profundizó sobre el uso de las disposiciones de derecho internacional humanitario como instrumento interpretativo de las disposiciones de la Convención.⁵² Agregó, en esta dirección, que si bien carecía de competencia para declarar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, es posible resaltar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar podrían infringir también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949.⁵³ La Corte IDH ahonda en las consecuencias del argumento y agrega, en virtud de lo expuesto, que según lo establece el artículo 3 común de los Convenios mencionados, el Estado enfrentado a un conflicto armado de carácter no internacional debe brindar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable.⁵⁴ (El lenguaje es más del derecho de los derechos humanos, pero se refuerza el argumento de la DIDH sobre la protección de sujetos en especial estado de vulnerabilidad.)

8.3. Caso De La Cruz Flores contra Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de noviembre de 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El caso *De La Cruz Flores contra Perú* hace referencia a la demanda que la Comisión presentó ante la Com IDH contra Perú por la presunta violación de los artículos 7, 8, 9, y 24 de la Convención Americana con relación a su artículo 1.1, en perjuicio de la señora María Teresa De La Cruz Flores. En términos de la Com IDH, la presunta víctima, médica de profesión, fue detenida por miembros de la policía el 27 de marzo de 1996, cuando finalizaba sus labores como pediatra en el Instituto Peruano de la Seguridad Social, por cargos de terrorismo, para luego ser procesada por un tribunal compuesto por jueces sin rostro, el cual la condenó por el delito de terrorismo a la pena de 20 años de prisión.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, fondo, § 203 ss.

⁵³ *Ibidem*, § 208.

⁵⁴ *Ibidem*, § 207.

Este caso es relevante para analizar la evolución histórica de la jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto al uso interpretativo de disposiciones de derecho internacional humanitario, dado que el tribunal interamericano en esta providencia utilizó los Convenios de Ginebra para interpretar el alcance de la protección al acto médico en situaciones de conflicto armado.⁵⁵ En el presente caso la Corte recordó, haciendo uso del derecho humanitario como contexto general de interpretación, que “el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949 señala que ‘[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos’. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que ‘[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad’.⁵⁶ (Es un caso muy interesante si se tiene en cuenta, por ejemplo, que en un país como Colombia, particularmente en el año 2008, se ha procesado y condenado a médicos que han atendido guerrilleros en situaciones muy complejas, asimilándolos a los propios combatientes. Por esta vía, otros profesionales, como odontólogos o incluso abogados defensores, pueden ser asimilados a guerrilleros en contextos degradados.)

8.4. Caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, excepciones preliminares, sentencia del 23 de noviembre de 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia sobre las excepciones preliminares opuestas por el Estado de El Salvador en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* contribuye al análisis de los pronunciamientos que la Corte IDH ha realizado sobre su competencia para interpretar disposiciones de derecho internacional humanitario. En el presente caso, la Comisión demandó al Estado salvadoreño por la violación de los artículos 4, 5, 7, 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1, por la supuesta captura, secuestro y desaparición forzada de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz,

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *De La Cruz Flores contra Perú*, sentencia del 18 de noviembre de 2004, fondo, reparaciones y costas, § 95.

⁵⁶ *Ibidem*, § 95. De otro lado, es pertinente resaltar que en su voto razonado sobre esta providencia, el juez Sergio García Ramírez señaló: “En la Sentencia a la que acompaño este Voto se menciona el texto concluyente de algunos preceptos del Derecho Internacional Humanitario. La referencia a ese texto se hace a título informativo, que contribuye a ilustrar, según ha afirmado la jurisprudencia del tribunal, la interpretación que este realiza con respecto a las disposiciones que aplica directamente”.

quienes tenían 7 y 3 años de edad respectivamente cuando fueron capturadas, conforme a lo discutido en el caso, por militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño durante un operativo llevado a cabo en el municipio de San Antonio de la Cruz, departamento de Chalatenango, desde el 27 de mayo hasta el 9 de junio de 1982.

La relevancia de los hechos sobre los cuales la Corte se pronunció recae en que el Estado opuso como excepción preliminar en esta demanda la incompetencia de la Corte para pronunciarse sobre el caso por cuanto los hechos constituían materia de derecho internacional humanitario. Según el Estado salvadoreño, en razón a que los hechos ocurrieron en el marco de un conflicto armado, el cual debía ser regulado por las normas del derecho internacional humanitario, específicamente por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, de los cuales El Salvador hacía parte, la Corte no podía pronunciarse sobre este caso, puesto que las normas según las cuales se rigió el conflicto escapaban de su competencia.⁵⁷ La defensa del Estado agregó que, teniendo en cuenta que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado independientemente y figuran en tratados diferentes, y que el derecho humanitario es un derecho de excepción, la Corte IDH no podía fallar este caso.⁵⁸

Pese a que el argumento de la competencia es un argumento fuerte, debe analizarse el tema con sutileza, pues el mismo argumento de la emergencia puede servir precisamente para aprobar acciones que estén por fuera de todo derecho y que se sitúen más allá de toda responsabilidad del Estado. Es en este contexto que puede entenderse el esfuerzo que ha hecho la Com IDH para proponer la aplicación directa de las normas humanitarias y la misma Corte para defender dichas normas como contexto de interpretación. El énfasis está en el sentido mismo de la *protección* de las personas en situaciones de emergencia y por ello se hace referencia al núcleo común compuesto por la triada vida-integridad y dignidad.

Más allá de ello, incluso, para la Com IDH en este caso —y así lo solicitó a la Corte—, el hecho de que se tratara de un conflicto armado interno no inhibía la competencia de los órganos del SIDH, pues precisamente, tratándose de una desaparición forzada, dichos órganos son plenamente competentes. Finaliza la Comisión destacando “que el derecho internacional de los derechos humanos se aplique sobre todo en tiempo

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, sentencia del 23 de noviembre de 2004, excepciones preliminares, § 108.

⁵⁸ *Ibidem*.

de paz no significa que no sea aplicable en tiempos de conflicto”.⁵⁹ Así las cosas, según este órgano, el sistema de protección que establece la Convención Americana es de tal naturaleza que, aun en las circunstancias señaladas por el artículo 27 de dicho tratado, se establece un núcleo intocable de derechos inderogables en situaciones de guerra, peligro público o cualquier situación de emergencia.

Por su parte, la Corte Interamericana ahondó en estos argumentos y rescató el sentido de la protección de las personas en situación de emergencia. Recordó que toda persona, durante un conflicto armado interno o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del derecho internacional de los derechos humanos como por las normas específicas del derecho internacional humanitario, ante lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a las personas en dicha situación. En este sentido, para la Corte es claro que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el derecho internacional humanitario no impide la convergencia y aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos consagradas en la Convención Americana.⁶⁰

En este orden de ideas, la Corte también hizo referencia al Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en cuanto este “reconoce en su preámbulo la complementariedad o convergencia entre las normas del Derecho Internacional Humanitario con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que “[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental””.⁶¹ A su vez, el tribunal interamericano aclaró:

⁵⁹ *Ibidem*, § 109.

⁶⁰ *Ibidem*, § 112 ss. La Corte manifestó que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra consagra la complementariedad de las normas de derecho internacional humanitario con aquellas del derecho internacional de los derechos humanos, “al establecer, *inter alia*, la obligación que tiene un Estado en situación de conflicto armado de carácter no internacional, de brindar un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas [...]”. La Corte vuelve, por decirlo así, al sentido más primigenio que se ha defendido en torno del significado del artículo 3 común: el hecho de que este constituye una especie de tratado de derechos humanos dentro de las normas humanitarias, y rechaza el argumento de que en situaciones de guerra no se pueden aplicar tratados de derechos humanos.

⁶¹ *Ibidem*, § 116.

El artículo 75 del Protocolo I a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los referidos Convenios o de dicho Protocolo, y el artículo 4 del Protocolo II, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, las que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, señalan que tales personas deben gozar de dichas garantías, consagrando de esta forma la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.⁶²

Debe rescatarse, además, que la Corte hace referencia expresa a los protocolos adicionales, de tal manera que avanza, por decirlo así, en esta referencia, ya que los órganos han privilegiado más la alusión al artículo 3 común, por razones ya explicadas.

Desde el punto de vista de la justicia penal internacional, debe destacarse el hecho de que la convergencia entre los tratados —marco a partir del cual labora el SIDH en función de la protección especial de las personas denominadas *protegidas*— sirve como fundamento para establecer que es perfectamente posible la comisión de crímenes de lesa humanidad en escenarios de conflicto, y desde el punto de vista dogmático es desde luego posible el concurso entre delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Este es un hecho muy importante, y el caso de la desaparición forzada ilustra lo expuesto: en una gran mayoría de los casos se produce este delito simultáneamente con crímenes de guerra e incluso con crímenes comunes que el derecho interno debe procesar de manera coherente.

En caso de cometerse otros crímenes, como la tortura, los operadores deben observar si se trató de tortura en persona protegida, de acuerdo con el contexto general de interpretación de las conductas. Precisamente, la jurisprudencia del SIDH, bien aprovechada por los operadores de la justicia penal internacional, serviría para concretar los contextos generales a partir de los cuales se van a imputar las conductas. Por ejemplo, el contexto general de un conflicto armado interno: a pesar de que en él se producen todas suerte de crímenes, dicho contexto sirve muy bien para delimitar los ámbitos de imputación de las conductas, de tal manera que la mayoría serán crímenes de guerra y se conectarán con delitos de lesa humanidad o crímenes comunes que se hacen relevantes en el contexto correspondiente, tales como delitos contra la propiedad —desde luego, en ningún caso deben elevarse estos delitos a la categoría de crímenes de lesa humanidad—.

⁶² *Ibidem*.

Pero sirven para interpretar e ilustrar contextos, por ejemplo, graves políticas de saqueo o expropiación de tierras por actores armados.

En el caso de la justicia penal internacional, al existir normas que, por ejemplo, en el caso del Estatuto de Roma, diferencian claramente los crímenes de guerra y le otorgan competencia a la Corte Penal para su juzgamiento, el proceso de imputación es menos complejo, por decirlo así, que el proceso de deducción de responsabilidad estatal que hace el SIDH al someterse en principio a la Convención Americana, pero ello no quiere decir que se acierte automáticamente en las fórmulas de imputación, por lo cual los contextos generales de interpretación de hechos ocurridos son muy importantes. Estos contextos son los que en la práctica, con base en las normas que existen en el Estatuto, propician la confluencia de ámbitos de protección diferentes en principio, como lo son la protección de derechos humanos en tiempos de paz y la protección de los mínimos humanitarios en tiempos de guerra.

9 • Caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de noviembre de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El presente caso es de gran importancia para el análisis de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH, en cuanto al uso que ella hace de las normas que rigen los conflictos armados, como base interpretativa para decidir la responsabilidad internacional de un estado por violaciones a la Convención Americana. El aspecto más interesante del caso es que, a nuestro juicio, parecería con ello consolidarse una última etapa en la evolución del trabajo de la Corte, no solo referida al caso concreto de las normas humanitarias, sino en relación con el tema central y más general de la responsabilidad.

En este caso, la Corte IDH determinó que el origen de la responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que viole la Convención Americana, al tiempo que se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado.⁶³ En este sentido, la Corte estableció que, para determinar que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere comprobar —como ocurre

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, fondo, reparaciones y costas, § 110.

en el derecho penal interno— la forma de la culpabilidad de los autores comprometidos, así como tampoco es preciso identificar *individualmente* a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. En consecuencia, es suficiente demostrar que ha habido apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.⁶⁴ (Luego veremos que esta diferencia hoy no aparece tan clara.)

La Corte, en este caso, fue explícita al expresar que la responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado, toda vez que los estados parte en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Según la Corte, estas obligaciones proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos.⁶⁵

Como se entenderá fácilmente, estos argumentos han causado gran polémica y revuelo dentro de la comunidad jurídica colombiana, muy en especial por el tema de los *particulares*, justamente por el hecho de que la Corte, en esta y en otras providencias referidas a casos muy complejos, se ha ocupado de juzgar masacres atroces perpetradas por grupos paramilitares y durante años se denunció que ellos actuaron con la aquiescencia de miembros de las fuerzas armadas.

9.1. La actuación de particulares y el tema de la omisión

En el caso que se comenta, la Corte procedió a determinar que la atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁶⁶

La Corte une el tema de la responsabilidad estatal, por acción u omisión de funcionarios estatales, con el tema del derecho internacional humanitario, concebido este como contexto general de interpretación de los hechos, en la medida en que se reconoce

⁶⁴ *Ibidem*, § 110.

⁶⁵ *Ibidem*, § 111.

⁶⁶ *Ibidem*.

la existencia de un conflicto armado interno. De acuerdo con este presupuesto, manifestó que no se podía “obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II)”.⁶⁷ Ahonda la Corte en argumentos ya reseñados:

El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc.), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. La observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional.⁶⁸

Finalmente, consideró que, aun cuando era claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de derecho internacional humanitario no puede ser declarada como tal por ese tribunal, las normas humanitarias son útiles para la interpretación de la Convención. Más aun cuando, para el caso en concreto de Colombia, estas normas es encontraban vigentes en el momento de los hechos como normativa internacional de la que el Estado es parte y vigentes como derecho interno. Y al mismo tiempo habían “sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de *jus cogens*, que forman parte del ‘bloque de constitucionalidad’ colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados, estatales o no estatales, que participen en un conflicto armado”.⁶⁹ Como se ve, en una decisión como esta, en la práctica podría decirse que se diluyen las diferencias entre interpretación y aplicación, entre la posición de la Com IDH y la Corte. Es cierto que el tema de la competencia está presente, pero la

⁶⁷ *Ibidem*, § 114.

⁶⁸ *Ibidem*. La Corte argumentó que las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario debían ser tomadas en cuenta en el presente caso según lo dispuesto en el artículo 29.b de la Convención, puesto que, en virtud de esa norma, quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino que estos se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido. Es pertinente resaltar en este punto que la Corte IDH empleó en este caso las mismas consideraciones usadas por la Com IDH en el informe n.º 26/97, de 30 de septiembre de 1997, referente a *Arturo Ribón Ávila contra Colombia*, sobre su competencia para aplicar normas de derecho internacional humanitario de acuerdo con el artículo 29 de la Convención Americana.

⁶⁹ *Ibidem*, § 115.

fuerza de los argumentos y los hechos concretos que se analizan hacen que la diferencia se diluya en la práctica y puede decirse que el SIDH está trabajando sistemáticamente, en las decisiones que produce, con la normas del derecho internacional humanitario.

9.2. El bloque de constitucionalidad y sus efectos prácticos en el ámbito interno

Sobre el impacto de estas decisiones en el ámbito interno y cómo ello puede propiciar una discusión importante en el marco de la aplicación de las normas del derecho penal internacional, se rescata de manera especial la referencia que hace la Corte Interamericana a la Corte Constitucional colombiana y al uso que esta ha hecho del denominado *bloque de constitucionalidad*. El bloque de constitucionalidad y su respeto están explícitos, por ejemplo, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que hace referencia incluso a la prelación de los tratados y convenios internacionales incorporados al derecho público interno, precisamente por formar parte de dicho bloque. (Es un tema muy complejo que exige metodologías sofisticadas para saber qué estatutos normativos constituyen parte del bloque, los límites de su aplicación, las tensiones entre ley, Constitución y tratados, etcétera.)

La conexión entre el caso fallado por la Corte Interamericana y los tribunales internos es directa, especialmente en cuanto hace al tema general de la omisión. En primer lugar, la Corte Constitucional, en providencia n.º SU 1184, de 2001, resolviendo un tema complejo en Colombia y con dimensiones políticas insoslayables, que es el de los conflictos de competencia entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar, frente al juzgamiento de conductas de militares en su actuación y participación en la masacre de Mapiripán, no solo resolvió el conflicto y dispuso la competencia en la justicia ordinaria, sino que estableció enfáticamente:

Si un miembro de la fuerza pública, que tiene dentro de su ámbito de competencia el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos), que estos cometan en contra de sus habitantes.⁷⁰

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia n.º SU 1184 del 13 de noviembre de 2001, M. P. Eduardo Montealegre, § 17.

La providencia de la Corte Constitucional es anterior a la sentencia de la Corte Interamericana, pero va en el mismo sentido. Luego, esta tendencia frente a la responsabilidad por omisión de funcionarios estatales y penal en el ámbito interno tiene su culminación más importante y compleja, en una providencia de la Sala Penal de la Corte, esta vez relacionada con otra masacre cometida por miembros de grupos paramilitares, en contextos de acción semejantes. La Sala estableció:

Si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o deberes de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio si los quebrantó mediante una conducta delictiva [...], o mediante una omisión. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión.

Y finalmente agregó:

[...] cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.

En virtud de esta providencia, de finales de 2007, por vía de casación penal, se impuso una condena de 40 años a un teniente del ejército que había sido absuelto en primera y segunda instancia. La Sala fue especialmente severa. Debe resaltarse, para estudiar su posición, el contexto de los hechos que enmarcaron la decisión: el teniente guardó a sus hombres, los encerró, al paso de numerosos paramilitares que iban en camiones camino a la masacre; no hubo acción alguna para retenerlos. La Sala Penal no asumió el estudio de ese hecho —que podría no ser tan grave en sí, sino una omisión sin mayores consecuencias— de manera aislada, sino en el contexto de prácticas atroces habituales y respecto de las cuales no se percibía acción alguna de protección de civiles indefensos. (Debe agregarse que quienes perpetraron la masacre se movilizaron durante centenares de kilómetros. Se trata de un ejemplo puro de paraestatalidad y de muertes anunciadas.)

En similares circunstancias fue fallado otro caso relacionado con otra masacre perpetrada en condiciones similares y tan solo pocas semanas antes de la reseñada. En este caso la Sala Penal castigó también severamente a los militares implicados y ello constituye hoy una jurisprudencia consolidada. Es el contexto en el cual se dieron los

hechos aquello que ha sustentado la aplicación de la *comisión impropia*. Por esta razón el autor de este escrito, en varios contextos y escenarios, ha sostenido la tesis según la cual en casos duros de derechos humanos o DIH es la sociología la que de brinda consistencia a las figuras dogmáticas, incluso si estas son problemáticas.⁷¹

Debe agregarse, en relación con la conexión directa a la cual se ha hecho referencia, que se trata de un tema de armonización del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, tema que ha tenido en Colombia un desarrollo ciertamente interesante y particular, y que tiene que ver precisamente con la noción de *bloque de constitucionalidad*. Se trata en todo caso de una conclusión que parece sencilla y evidente, pero que se refiere justo a temas de derecho comparado. Así,

[...] la efectividad doméstica de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos depende crucialmente de la recepción de sus fuentes en el derecho interno. Las condiciones de esa recepción son definidas autónomamente por los Estados, en donde cada uno determina el mecanismo a través del cual implementa a nivel local sus compromisos y la jerarquía que le otorga en el sistema de fuentes del derecho.⁷²

No es desde luego en ningún caso un tema pacífico y depende mucho de cada Estado.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado n.º 28017, del 14 de noviembre de 2007, M. P. Jorge Socha Salamanca. Para ahondar en el análisis del tema de la omisión y la manera como esta figura se aplica actualmente en casos graves de derechos humanos, permítase la remisión al documento titulado: "La figura de omisión: jurisprudencia reciente en contexto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario", producido por el área de justicia del Observatorio Internacional para el Seguimiento del Proceso de DDR y la Ley de Justicia y Paz, del Centro Internacional de Toledo para la Paz, dirigido por Alejandro Aponte, Bogotá, 2008. El documento, con las fichas técnicas de las sentencias más importantes, se encuentra disponible en <<http://www.citpax.observatorio.org/justicia.htm>>.

⁷² Se trata de un texto muy interesante escrito por Diego López Medina y Liliana Sánchez, denominado "La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano", en el cual los autores reconstruyen en perspectiva el desarrollo de dicha armonización, sus hitos básicos, el origen francés de la noción de *bloc de constitutionnalité*, tan arraigada en Colombia, y el énfasis especial en derecho penal que ha tenido la llave creada entre el Sistema Interamericano y el derecho interno —y las arduas discusiones en torno a ello—. Texto publicado en la *International Law*, revista colombiana de derecho internacional publicada por la Universidad Javeriana, Bogotá, edición especial de diciembre de 2008, número 12, p. 320.

10. De la responsabilidad estatal a la responsabilidad individual: el activismo del sistema interamericano

La complejidad de los temas abordados en la sentencia de la Corte Interamericana puede llevar a situar esta providencia y otras emitidas en la presente década dentro de una nueva etapa de actuación de la Corte y de todo el sistema, referida de manera muy particular al tema de la responsabilidad y, más concretamente, a poner en tela de juicio la distinción o las fronteras entre la *responsabilidad estatal* y la *responsabilidad individual*. Este punto es problemático, pero es un punto de conexión inevitable entre sistemas de protección, en todo caso, entre el sistema interamericano y la Corte Penal Internacional; es un punto de encuentro entre derechos humanos y derecho penal internacional. Pero, como se ha dicho, es en extremo problemático y de allí la importancia de esfuerzos generales y también referidos a aspectos puntuales, como los que se adelantan en este volumen conjunto del Grupo de Estudios, que abordan el impacto general del SIDH sobre ordenamientos nacionales y sobre la justicia penal internacional.

10.1. Una etapa más actual en la evolución del SIDH respecto del derecho internacional humanitario

Para efecto de este trabajo, deben destacarse, además de la providencia sobre Mapiripán, otras como la providencia de la Corte Interamericana de 2006 relativa a las *Masacres de Ituango contra Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. En ella, la misma Corte hace alusión, también respecto de normas aplicables al conflicto armado, a una “evolución del Sistema Interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional Humanitario”.⁷³ La Corte estableció que, según quedó demostrado y de acuerdo con el reconocimiento del Estado al respecto, los hechos del caso sucedieron “con la aquiescencia o tolerancia de miembros del Ejército colombiano, dentro de un contexto de conflicto armado interno (supra párrs. 63 y 64). En este sentido, este Tribunal observa que los artículos 13 (Protección de la población civil) y 14 (Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) del Protocolo II de los Convenios de Ginebra pro-

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1 de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, § 179.

híben, respectivamente, ‘los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil’, así como ‘atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil’⁷⁴

10.2. La aquiescencia estatal con las acciones de particulares y la omisión del deber en los agentes estatales: un punto de inflexión actual

La evolución, como se dice, no solo se da en términos del uso ya sistemático de las normas humanitarias, sino en función de la responsabilidad. Ello está expuesto claramente en la providencia citada sobre el caso *Mapiripán*. En ella, la Corte realizó una disertación respecto a los alcances de la responsabilidad internacional de los estados por violar la Convención Americana. Para la Corte, la interpretación de la Convención, tiene que “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.⁷⁵ Esta evolución tiene lugar, entre otras razones, a partir del hecho de 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”.⁷⁶

En este contexto se desarrolla la interpretación acerca de la actuación de particulares sin control de los funcionarios responsables y tiene lugar la reflexión sobre actos omisivos. A propósito de ello, y en general respecto de aquella evolución a la cual se alude, es menester hacer referencia a algunas consideraciones efectuadas al respecto por el juez Antônio A. Cançado Trindade, quien se ha pronunciado al respecto en diversos votos concurrentes a sentencias de la Corte IDH.

En primer lugar, en el voto concurrente en la sentencia de fondo del caso *Barrios Altos contra Perú*, el magistrado expresó que en la actualidad no ve sentido alguno a contraponer la responsabilidad internacional del Estado con la responsabilidad penal individual. En consecuencia, manifestó que la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados y la responsabilidad

⁷⁴ *Ibidem*, § 180.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, loc. cit., § 106.

⁷⁶ *Ibidem*, § 109.

penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves 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; constatación que es posible gracias a lo que él denomina el *despertar de la conciencia jurídica universal*.⁷⁷ Este despertar se basa, a su juicio, en un nuevo paradigma, un paradigma antropocéntrico, con base en el cual se concibe que el ser humano está ubicado en la posición central y a partir del cual se ponen de manifiesto los problemas que afectan a la humanidad como un todo.⁷⁸ (Son desde luego deducciones problemáticas, incluso porque la misma idea de humanidad es, en derecho, un constructo normativo al cual hay que darle sentido y no obra como un supuesto abstracto, absoluto. En la noción misma de dignidad aparece este problema: ella es un constructo normativo de Occidente que le viene dando un sentido. No se trata de un presupuesto que se torna maleable, instrumentalizable, abstracto.)⁷⁹

Por otra parte, en el voto razonado a la sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, el juez Trindade hizo referencia al hecho de que existe una complementariedad entre la responsabilidad internacional de los estados y la responsabilidad penal internacional de los individuos:

La responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo no se autoexcluyen, sino más bien se complementan. Esto porque un agente público actúa en nombre del Estado, y tanto el Estado como su agente responden por los actos u omisiones a ambos imputables.⁸⁰

Y finaliza este aparte del referido voto razonado:

A mi juicio, la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo no se autoexcluyen, sino, todo lo contrario, son complementarias y encuéntrase inexorablemente interligadas.⁸¹

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Atos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, fondo, voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Bien vale en este contexto hacer referencia al gran trabajo de Werner Maihofer sobre la dignidad y sobre cómo ella debe construirse, debe adecuarse paso a paso a las exigencias del derecho. Se cita la elegante traducción de José Luis Guzmán, con un estudio preliminar, en colaboración con Agustín Squella Narducci: *Estado de derecho y dignidad humana*, Montevideo y Buenos Aires, B. de F., 2008.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, fondo, reparaciones y costas, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, § 14.

⁸¹ *Ibidem*, § 20.

En el voto razonado a la sentencia de fondo del caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, el juez Trindade ahonda en los argumentos. Hace referencia al *ius cogens*, a una noción más comprensiva de *lesa humanidad*, al individuo como centro de imputación, entre otras consideraciones complejas que constituyen hoy un punto central en el activismo de la Corte. Son temas que deben ser analizados en sumo detalle y en perspectiva.

La Corte insiste, además, en que para deducir la responsabilidad estatal no es necesario, como obra el derecho penal, individualizar y deducir el grado y la forma de culpabilidad, como lo hace el derecho penal. Pero ello en la práctica es cada vez más difícil, pues en una narración de hechos no parece lógicamente posible deslindar la alusión a actores concretos, de acuerdo con la reconstrucción probatoria que hace la Corte. Por ejemplo, en sentencia del 4 de julio de 2007, en el caso de la ejecución del indígena colombiano Germán Escué Zapata, la Corte, en la narración de los hechos, se refiere expresamente a los militares que estuvieron de una u otra forma involucrados en ellos. A las narraciones generales sobre quiénes eran responsables de las guarniciones militares para el momento de los hechos se agregan narraciones específicas sobre quién intervino en la muerte:

Después de haber caminado por un tiempo aproximado de veinte minutos el cabo [...] se retrasó unos metros junto con Germán Escué Zapata, a quien golpeó en el estómago con la culata del fusil que portaba, haciendo que se doblegara. El señor Escué Zapata suplicó al Cabo [...] que no lo matara, pero el Cabo retrocedió y le disparó varias veces causándole la muerte.

¿Y si el Cabo no ha sido hallado responsable penalmente en el ámbito? Este es hoy uno de los hechos de mayor discusión en torno de la actuación del SIDH, pero puede verse, desde una perspectiva de defensa radical de los derechos humanos y de castigo a los infractores, como una manera de interactuar el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal, incluso si ello se da con independencia de las decisiones internas: un tribunal internacional podría tener como referencia la narración de los hechos y la argumentación en función de ellos, como punto de partida para instruir un proceso y deducir responsabilidades individuales.

Como se ve, se trata de temas extraordinariamente complejos, que constituyen desafíos de toda índole y merecen una atención muy especial, no solo de los juristas dedicados al derecho penal, sino en general de la comunidad jurídica, de las instancias que

deciden sobre políticas públicas de protección de derechos humanos, de aquellos que en casos concretos —por ejemplo, donde existen conflictos armados irregulares— propongan leyes que funcionen como mecanismos de justicia transicional.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El principio de legalidad penal comparece contadas veces en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de fallos que tampoco abarcan el plexo de problemas encapsulado en él. Sin embargo, el análisis de las sentencias muestra las dificultades de la Corte en la comprensión de su significado político y valor científico. Así, si ella ciñe la reserva de ley (el derecho aplicable) a la legislación interna de cada Estado, no tiene inconvenientes, empero, para admitir la validez jurídica de decretos leyes en sentido impropio. También la apreciación de la taxatividad en algunos tipos delictivos, especialmente el terrorismo, es oscilante en sus sentencias. Otro tanto cabe decir de la irretroactividad de la ley más gravosa, un límite que la Corte admite en general, pero perfora con dudosas excepciones cuando se trata de crímenes internacionales o de significación política.

ABSTRACT. The principle of criminal legality appears rarely in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in decisions that do not cover the network of issues it contains. However, an analysis of the judgments shows that the Court has difficulty in understanding its political significance and scientific value. Thus, although the Court restricts the principle of the requirement of law ("the applicable law") to the domestic legislation of each State, it has, however, not hesitated to admit the legal validity of Decree-Laws in an improper sense. Also, the Court's rulings have fluctuated in their assessment of the need for crimes to be strictly construed, particularly in the case of terrorism. Much the same can be said of the non-retroactivity of harsher criminal laws. This is a restriction which the Court admits in general but undermines with doubtful exceptions in the case of crimes against international law or with political significance.

1. Problemas, contenido y alcance del tema

Tratar del principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos plantea un doble orden de problemas.

Por un lado, la controversia existente en la doctrina penalista sobre el fundamento, la naturaleza, el carácter, el contenido y el alcance del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Estas cuestiones, que hacen al principio en general, no pueden ser abordadas aquí sino en la estricta medida en que resultan indispensables para sistematizar los fallos que nos interesan. No hemos de adentrarnos, pues, en si nuestro apotegma hinca sus raíces en una exquisita cuestión de seguridad jurídica o bien en la separación de los poderes del Estado;¹ si posee una naturaleza solo política, ligada a la entraña misma del liberalismo como doctrina y su consecuencia, el Estado de derecho, o política y jurídica a la vez; si tiene carácter constitutivo o, a la inversa, solo limitador del poder penal del Estado,² ni en el número e índole de las exigencias que suelen desprenderse de él, como la indispensable taxatividad o determinación de las leyes que establecen delitos y penas, su irretroactividad, las peculiaridades concretas de la extractividad de la ley más benigna, la relación entre legalidad y tipos de derecho penal, etcétera.³ Y de tener que tocar tales asuntos, ello habrá de ocurrir por inciso y únicamente cuando la exposición de las materias respectivas lo requiera.

Por otra parte, el estatuto y la actividad de la Corte Interamericana complican y, a la vez, limitan el estudio de las interpretaciones que ella ha alumbrado sobre el contenido del principio. En efecto, este, como diremos pronto, se presenta con una formulación defectuosa y alicorta en el artículo 9.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o sea, la disposición encargada de vertebrar las sentencias de la Corte sobre el tema. Es un mérito de su jurisprudencia haber sacado más partido que el que esas prietas

¹ Por el primer criterio se pronuncia la inmensa mayoría de los autores. Véanse, por todos, el clásico estudio de Flavio López de Oñate: *La certeza del diritto* (nueva edición revisada al cuidado de Guido Astuti), Milán: Giuffrè, 1968, pp. 50-51, y, últimamente, Cadoppi: *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sobre la dimensione in action della legalità*, Turín: Giappichelli, 2007, p. XIII, donde escribe que si la legalidad implica certeza, esta mira a garantizar la igualdad de las personas. Sustenta el segundo criterio, solo que ciñéndolo al imperativo de determinación de las leyes penales, un derivado de la legalidad, García-Pablos de Molina: *Introducción al derecho penal*, Madrid: Ramón Areces, 3.º ed., 2005, p. 530.

² En el primer sentido, Rivacoba y Rivacoba: "Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal", en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 4, julio de 1999, pp. 735-741; en el segundo, entre muchos autores de la actualidad, Eugenio Zaffaroni (en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002, cf. pp. 110-111.

³ Sobre estos pormenores puede verse el espléndido estudio de Giuliano Vassalli: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, extracto del *Digesto*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. VIII (penale), 4.ª ed., 1994, pp. 6-11.

líneas prometían, especialmente a propósito de la tipicidad o legalidad estricta. Pero, a la vez, hemos de reprocharle que malinterprete las contadas exigencias que el precepto consigna *expressis verbis*, como la cuestión de la irretroactividad, así como que omita aventurarse en facetas asaz oscuras de aquel, como el alcance del principio de reserva legal —que la fuente internacional, a decir verdad, malogra ya desde su arranque—. Ahora bien, si, a propósito de sus aspectos censurables, alguien echara de menos una formación especializada en derecho penal entre los jueces que integran el tribunal,⁴ a nosotros nos apremia subrayar dos elementos que acotan considerablemente nuestro campo de estudio, a saber, el escaso número de sentencias en que la Corte ha aplicado el artículo en palabra y, pasando al fondo, el también circunscrito espectro de asuntos, encapsulados en la legalidad penal, de que versan sus pronunciamientos.

El orden en que los exponemos se enmarca en una concepción determinada del significado del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Poco se discute que la máxima posee una importancia política y científica, ni que ambas se proyectan en diversas parcelas de la introducción al derecho penal y la fracción de la disciplina donde se examinan los principios y reglas aplicables a todos los delitos y penas; en otras palabras, su parte general. Esta pareja de significados está henchida de rica sustancia. Por lo pronto, su trasfondo *político*,⁵ que enlaza el principio a la supremacía de la ley —y, con ella, a la soberanía popular—, la lucha contra el poder de jueces y administradores y el imperio de la certeza jurídica, se traduce en dos funciones recíprocamente condicionadas, *limitadora* la una y *garantizadora* la otra.⁶ Por la primera, el sistema de fuentes queda acotado, en este sector del ordenamiento jurídico, nada más que a la ley escrita, la única que ostenta la virtualidad inmediata de crear delitos y penas. Mas el principio de *reserva legal* es apenas el punto de partida de un plexo de problemas que hacen al alcance de la voz *ley*, a su validez temporal (*lex praevia*), a la forma en que ha de ser interpretada, a la prohibición de integrarla merced a la analogía (*lex stricta*) y de colmar sus vacíos a través de la costumbre (*lex scripta*). A su turno, la función garantizadora, que mira a salvaguardar la libertad

⁴ Como se sabe, el Estatuto indica que sus siete magistrados han de tener “reconocida competencia en materia de derechos humanos” (artículo 52); por tanto, no necesariamente un dominio de disciplinas concretas del árbol jurídico, en todas las cuales, por cierto, pero sobre todo el derecho penal, se proyectan los derechos fundamentales de la persona.

⁵ Muy bien resumido en la exposición de Rodríguez Mourullo: “Legalidad (Principio de) (Derecho penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, t. XIV, 1971, cf. p. (882-893) 886.

⁶ Cf. Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal* (publicados 7 vols.), Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II, 1950, pp. 379-380, con cita de Stampa Braun.

individual,⁷ se despliega en un abanico de cuatro puntas: garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), garantía penal (*nulla poena sine lege*), garantía jurisdiccional (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*) y garantía de ejecución.⁸ Obsérvese que esta función va unida a la primera, porque también en ella se quiere expresar límites irremontables a un poder que, precisamente en virtud de tales barreras, merece el nombre de *ius puniendi*, y ambas, al liberalismo en cuanto doctrina política, al cual repugna que la comunidad se estructure en una organización autoritaria o totalitaria y que, por cierto, es incompatible con los vástagos penales de un Estado así concebido. De lo que se sigue que la legalidad, no menos que sus negaciones, guarda una estrecha simetría con el tipo de derecho penal imperante en una sociedad según sus condicionamientos o coyunturas políticas. Es más, la envergadura política del principio se proyecta por igual en el significado *científico* de él, que demanda el concepto de tipo y, en general, claridad, completitud y precisión así en la descripción del supuesto de hecho de los delitos como en la configuración y los límites de sus penas (principio de taxatividad o *lex certa*), a lo que cabe añadir que, bien mirada, la determinación es el lógico corolario de la legalidad en la estructura de las leyes penales, por cuyo motivo también aquí asoma un cabo que se reconduce dócilmente a la función limitadora de aquella y, con ello, a su eje de seguridad.⁹

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no permite recorrer el amplio espectro de cuestiones que hemos enunciado, como tampoco sus ulteriores desenvolvimientos, que por lo mismo hacemos gracia al lector de relatar. De nuestra espiga de fallos, realizada sobre un universo tampoco muy abundoso, vienen en causa solamente estos pliegues del principio: a) la reserva de ley en la creación de delitos y penas; b) la taxatividad o determinación de algunos tipos delictivos, todos los cuales giran en torno a la noción de terrorismo, y de la categoría criminológica de la peligrosidad, tumor aún enquistado en las legislaciones iberoamericanas, y, por último, c) la irretroactividad de la ley más gravosa, un límite que la Corte, por desgracia, perfora con dudosas excepciones.

⁷ Libertad que se expresa en la acción, y para esto, como explica López de Oñate (o. cit., p. 48), "es necesario que cada uno sepa, una vez concebida la acción, no cuál será su resultado histórico, lo que equivaldría a conocer lo absoluto, sino cómo la acción será calificada y cómo la acción se insertará en la vida histórica de la sociedad". Nótese que el autor dice *acción*, no ya la forma de ser, vivir o conducirse el justiciable.

⁸ Cf. Rodríguez Mourullo: o. cit., p. 888, y Sáinz Cantero: *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (publicados 3 vols.), Barcelona: Bosch, 2.ª ed., t. II, 1985, pp. 82-83.

⁹ Parecidamente, Vassalli: o. cit., cf. p. 46. Por eso las constituciones políticas acostumbran a regular el principio de legalidad dentro de las garantías constitucionales, y en ocasiones le aparejaron la salvaguarda de la taxatividad. Cuando los textos omiten mencionar la última, la doctrina suele desprenderla interpretativamente del primero, como en Italia y Alemania, porque, en palabras de Baumann, "de no ser así, ese principio restaría falto de sentido". Baumann, Weber y Mitsch: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld: Giesecking, 10.ª ed., 1995, p. 125.

Tales acápites marcan el contenido de la presente exposición. Con todo, la potencia expresiva que ellos encapsulan en los planos científico y político permitirá conferir a estas cuartillas, según suponemos, un alcance más ambicioso.

2 • La reserva de ley

A contrapelo del estatuto de la Corte Penal Internacional, que consagra derecha y decididamente la reserva de ley para los crímenes de su incumbencia y las penalidades respectivas,¹⁰ el de la Corte Interamericana de derechos humanos no estampa una regla semejante. Según el artículo 9.º de la Convención de 1969, “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según *el Derecho aplicable*”. La locución subrayada late, implícita, en el período sucesivo, sobre las penas, que reza: “tampoco se puede imponer pena más grave que *la aplicable* en el momento de la comisión del delito”. Cuál sea el derecho aplicable, si el nacional, sujeto en los países iberoamericanos a la garantía de *lex scripta* para los asuntos penales, o el internacional, donde la amplitud de las fuentes de producción y conocimiento jurídico abre la posibilidad de que costumbre, jurisprudencia o principios generales del derecho intervengan en la gestación de normas punitivas,¹¹ eso no lo dice el precepto. Por modo que de este cabe predicar lo mismo que se ha escrito de los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 7.º de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con arreglo a cuyo tenor nadie puede ser condenado por actos que al momento de su ocurrencia no constituirían una infracción *según el derecho nacional o internacional*. O sea, que se trata de una regla que no

¹⁰ Artículos 22 y 23, donde por ley escrita hay que entender el propio Estatuto de Roma, por tanto, una norma perteneciente al derecho internacional convencional.

¹¹ Esta constatación era absolutamente válida en la época en que se aprobó la Convención. En verdad, hasta el Estatuto de Roma no tenía plena vigencia el principio de legalidad para los crímenes internacionales, algunos de los cuales tuvieron origen consuetudinario, como los de guerra, como registra Vassalli (o. cit., cf. p. 18). De que el problema no desapareció del todo tras el año 1998 es prueba el hecho de que, en el sentir de la jurisprudencia internacional penal y un sector importante de la doctrina especializada, una acción podría ser punible con arreglo a los principios no escritos del derecho consuetudinario. Cf. Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 85).

coincide con el principio de legalidad, al menos en la medida en que el derecho aplicable fuera el de gentes.¹²

Afortunadamente, en sus fallos la Corte Interamericana maneja la dudosa expresión en el sentido de derecho interno y, en consecuencia, basa sus decisiones en la ley de los estados demandados de haber infringido esta básica garantía de los justiciables. Como *derecho aplicable*, pues, se yergue la legislación de cada país, no la internacional y tanto menos la costumbre. Esclarecedora en este sentido parece la sentencia del 25 de noviembre de 2005, que resuelve la excepción preliminar, el fondo y las costas del caso *García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú*.¹³ Allí se lee que “corresponde al juez penal [del Estado], al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento [sic] de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”, premisa de la conclusión —cuya propiedad nos ocupará en su hora— de no existir en las disposiciones invocadas del país, todas ellas relativas a delitos de terrorismo, una violación “de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana” (fundamentos 190 y 195, respectivamente). Cada uno de los fallos que consultamos razona en idénticos o semejantes términos. De hecho, aquellos en que se da acogida a reglas del derecho internacional penal atañen no a cuestiones de legalidad, sino a otras materias, señaladamente las causas de extinción de la responsabilidad criminal.¹⁴

Hay un problema, sin embargo, en el alcance que asigna el tribunal al término *ley*, encajado en el corazón del principio de reserva. Esta cuestión, que forma un capítulo clásico en la teoría de la ley punitiva,¹⁵ depende de las peculiaridades de cada derecho interno, aunque aun en los países que las admiten es dable constatar un generalizado rechazo a que el Poder Ejecutivo pueda alumbrar derecho penal a través de leyes delegadas y decretos leyes propiamente dichos.¹⁶ Siendo así, tanto más enérgica habrá de ser la

¹² Cf. Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español. Parte general* (publicados 4 vols.), Madrid: Tecnos, t. I (“Introducción”), 5.ª ed., 1996, p. 166.

¹³ Citamos esta y las demás sentencias de la Corte según la plataforma electrónica oficial del organismo, disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.

¹⁴ Prescripción, amnistía e indulto en los crímenes internacionales. Paradigmática, la sentencia del 26 de diciembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, con profusa cita de fuentes supraestatales en sus fundamentos 96 a 122. El motivo 151, empero, embiste de lleno la legalidad penal. En efecto, calificado el crimen que segó la vida de Almonacid como uno contra la humanidad, se ordena allí, en franca contradicción con el derecho interno, que “el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad penal, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”.

¹⁵ Véase, inter alia, Rodríguez Mourullo: *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Cívitas, 1977, pp. 63-67.

¹⁶ Cf., por todos, Alessandro Gamberini, en *Introduzione al sistema penale*, obra colectiva coordinada por Insolera, Mazzacupa, Pavarini y Zanotti, 2 vols., Turín: Giappichelli, t. I, 3ª ed., 2006, pp. 133-135.

repulsa que merecen los decretos leyes en sentido impropio, es decir, normas que, sobre materias propias de una ley, dicta el Poder Ejecutivo, o quien se lo arroga, usurpando las competencias constitucionales del Legislativo.¹⁷ En ellos, muy comunes durante la convulsionada historia política de los países hispanoamericanos en el siglo XX, pródigos en reglas penales —por demás muy severas, especialmente contra los disidentes del gobierno—, el vicio no es tanto de constitucionalidad, nota de la que están desprovistos sin remedio, porque la pregunta que hay que plantearse es si constituyen Derecho *tout court*. Nosotros pensamos que no, y que, por ende, ninguno de tales decretos debiera recibir aplicación por los tribunales, a los que se comete la tarea del *ius dicere*, no la de declarar como derecho actos puramente tiránicos de la voluntad del régimen de turno. Mas no ha sido este el criterio imperante en la generalidad de los estados que hubieron de sufrirlos, donde ni siquiera se ha debatido su insanable nulidad incluso después del retorno a la normalidad constitucional.

Entre otros ejemplos, hay que mencionar aquí el caso del Perú, cuyos tribunales los han aplicado sin parar mientes en cuestiones de validez, ni siquiera en si eran o no respetuosos de los derechos fundamentales.¹⁸ Tampoco la Corte Interamericana se aboca al real mérito de esa dupla de decretos leyes engendrados en el país tras la ruptura constitucional de abril de 2002, el número 25475, del 6 de mayo de 1992, sobre terrorismo, y el número 25659, del 13 de agosto de 1992, que “regula el delito de traición a la patria” —en verdad, una modalidad agravada de los de suyo espantables tipos y penas del terrorismo—. En el apartado siguiente diremos más de su draconiano contenido, que se empleó contra un considerable número de personas acusadas de pertenecer a las organizaciones subversivas Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, y de cómo la Corte los estimó parcialmente incompatibles con la exigencia de determinación de las leyes penales. De momento, interesa destacar que su jurisprudencia los reconoce validez como parte del *derecho aplicable* en el Perú.

Los pronunciamientos no pueden ser más uniformes e inequívocos. La sentencia de fondo en el caso *Cantoral Benavides*, del 18 de agosto de 2000, considera “claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria” estaban “vigentes en el Estado a la época de los hechos de esta causa” (fundamento 157, último párrafo). Y si en otro fallo, del 30 de mayo de 1999, en el fondo, las reparaciones y costas del caso *Castillo Petruzzi y otros*, se declara, con sobrada razón, que las disposiciones de

¹⁷ Una adecuada caracterización conceptual de entrambas clases de decretos leyes, en Rivacoba y Rivacoba: *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968, pp. 124-125.

¹⁸ Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Grijley, 3.ª ed., 2005, cf. pp. 154-156.

dichos decretos, cuyas reglas procesales “violan diversas disposiciones de la Convención Americana”, “aplicadas a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 [...], por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de Derecho interno”, en particular, “la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención” (fundamentos 206 y 207), nada de todo ello implica un cuestionamiento de la entidad jurídica de la fuente de las violaciones. Muy por el contrario, para la Corte “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad” (fundamento 204). De suerte que la idea, que también se expresa allí, de que “no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos” deja intacta la cuestión de principio sobre la obligatoriedad jurídica de los decretos leyes.

En otras palabras, basta que el Estado, por las circunstancias que fueren y diga lo que quiera su Constitución, les reconozca alguna validez, para que la Corte se pliegue a semejante conclusión como un dato normativo relevante en las causas, dando por descontado que ese es el *derecho aplicable* para las materias penales de su jurisdicción. Así lo hizo la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 3 de enero de 2003, que declaró contrarios a la Constitución varios artículos del decreto ley 25659 y dos del decreto ley 25475 —por tanto, sin expelerlos por entero del ordenamiento jurídico del que nunca formaron parte—, y otro tanto se aprecia en el parecer de la Corte.¹⁹ A mayor abundamiento, en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, el decreto ley número 2191, de 18 de abril de 1978, con que la satrapía castrense de la época concedió una ominosa amnistía para librar de pena a los gravísimos crímenes cometidos por sus servidores en la persona de opositores políticos, no es objetado en términos de autoridad jurídica, sino a la luz de su contenido, incompatible con la Convención de 1969.²⁰

Si insatisfactoria parece esta constatación al contrastarla con un documento internacional cuyo preciso propósito es proteger los derechos fundamentales de los individuos ante la arbitrariedad estatal —dado que el reconocimiento como derecho de los actos de mera fuerza emanados de una voluntad unilateral hiere, sí, la legalidad penal,

¹⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional de Lima es citada en todos los fallos donde se objetó la compatibilidad de tales decretos leyes con la Convención Americana; verbigracia, el caso *Lori Berenson Mejía contra Perú*, cuya sentencia de fondo, reparaciones y costas está fechada el 25 de noviembre de 2004 (fundamento 88, apartado 7).

²⁰ “Esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el decreto ley número 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el Derecho internacional cometidos por el régimen militar” (fundamento 120).

pero antes que eso descalabra la estructura y corroe la majestad del ordenamiento jurídico en su conjunto como medio de tutela de los justiciables—, no puede, en cambio, acusarse a la Corte de incurrir en un disparate cuando examina la garantía jurisdiccional, que en rigor pertenece al principio de legalidad de delitos y penas, en el marco de las prerrogativas judiciales contempladas por el artículo 8 de la Convención, ya que es el mismo texto de esta el que la disocia de aquel. Asaz interesante resulta en este aspecto, nuevamente, la sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros*. Como el decreto ley de agosto de 1992 quitó a los tribunales ordinarios de justicia la competencia para conocer de los casos de civiles acusados de cometer el delito de traición a la patria, prorrogándola a la judicatura militar sin las mínimas garantías del debido proceso —entre otras, el derecho de todo imputado a conocer la identidad de las personas que lo juzgan—, el Estado afectó el derecho al juez natural y, por tanto, violó el mencionado artículo de la Convención (fundamentos 128 a 134).

3 • La taxatividad (o determinación) de las leyes punitivas

Como se sabe, la exigencia de taxatividad en los tipos delictivos y sus puniciones deriva del propio principio de legalidad, que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado. Tal requerimiento, que “constituye un hilo conductor para la técnica legislativa”,²¹ queda conmovido cuando las descripciones legales incluyen términos de contenido vago, cláusulas generales o elementos normativos de contornos vaporosos, como también si los márgenes penales resultan muy dilatados entre sí, porque en ambos casos la autoridad legiferante abdica de su deber de dar concreción o materialidad al *nullum crimen, nulla poena sine lege* y confiere poderes excesivos al juez.

Pues bien, la predilección por los tipos abiertos y las penas indeterminadas —aunque siempre elevadísimas en su tramo máximo—,²² aunque no privativa de los regímenes autoritarios, es característica y diríamos que consustancial a ellos. Su respeto por la legalidad, interesado y quebradizo, se rompe en los delitos contra el Estado y los gobernantes, ora con esa denominación u otras que se escojan, como la de terrorismo, a

²¹ Maurach, Gössel y Zipf: *Tratado de derecho penal. Parte general* (traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), 2 vols., Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994, p. 158.

²² O bien absolutamente determinadas o fijas, como el presidio perpetuo o la capital.

los que se concibe con gran latitud y severidad, y para los cuales se establecen amenazas punitivas de desmedida extensión, con enorme distancia entre sus límites mínimo y máximo. Todo esto suele vaciarse en leyes especiales, que cometen el conocimiento de tales infracciones a jurisdicciones *ad hoc* y dentro de procedimientos de urgencia, en que la policía reina sin contrapeso durante la investigación, se quita a inculpados y acusados las garantías de la defensa, de ejercer recursos contra las resoluciones que los perjudican y de rebatir efectivamente las pruebas de cargo, y se los priva de los beneficios procesales y penitenciarios reconocidos a los demás ciudadanos.²³

La Corte ha tenido reiteradas ocasiones de pronunciarse sobre este espectro de atropellos al derecho y el proceso penales del Estado de derecho, con referencia a la persecución del terrorismo en el Perú tras la ruptura constitucional de 1992. Naturalmente, en estas líneas no nos es factible acometer el conjunto de prácticas penales y procesales usadas desde esa sazón y durante varios años, al amparo de los decretos leyes que nombramos en la sección precedente, donde los rasgos del derecho penal autoritario aparecen trazados a pedir de boca, cual auténtico paradigma de su ruindad. Hemos de ceñirnos a nuestro acotado objeto, procurando evidenciar la falta de uniformidad de la jurisprudencia de la Corte en la apreciación de las bondades del *derecho aplicable* entonces en el país según el principio de taxatividad.

Para ser exactos, el derrumbe del liberalismo penal en el asunto del terrorismo había comenzado antes de las disposiciones aprobadas aquel año. El Código Penal de 1991 dejaba mucho que desear en la compatibilidad de sus numerosos delitos de terrorismo con la máxima legalista.²⁴ La forma básica del maleficio, aquejada de incontenible casuismo, era un genuino tipo *de caucho*;²⁵ construidos a partir de él, quedaban equiparados a

²³ Como la libertad durante el procedimiento, toda vez que para estos regímenes no rige verdaderamente el principio de inocencia y, por consiguiente, abusan hasta lo indecible de detención y prisión preventiva, que se cumplen en condiciones muy duras, incluso inhumanas. Sobre estos y otros rasgos del derecho penal autoritario, véase Rivacoba y Rivacoba: "Orden político y orden penal", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, vol. 22, n.º 2 (monográfico: "Derecho penal y criminología"), mayo-agosto de 1995, pp. (201-212) 209-211.

²⁴ En su hora pusimos de manifiesto los gruesos deméritos del Código en este particular. Cf. Guzmán Dalbora: "El nuevo Código penal del Perú (1991)" en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, n.ºs 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. (631-731) 653-654.

²⁵ Artículo 319: "El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física de las personas, o contra el patrimonio de estas, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando para tales efectos métodos violentos, armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad social o estatal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez años".

su penalidad simples actos de participación, para colmo, sumamente inciertos (artículo 321); además, se punían meros actos preparatorios de los individuos agrupados para “instigar, planificar, propiciar, organizar, difundir o cometer actos de terrorismo”, con independencia de la pena que pudiese corresponderles por el hecho principal (artículo 322), recibían premio la delación y la soplonería (artículo 324), etcétera. La vigencia formal de dichos preceptos sería efímera. Derogados por el decreto ley 25475, el nuevo estatuto mantuvo, sin embargo, el atormentado esquema general que asumieron en el Código, solo que ampliando hasta el delirio la cabida de las pseudodescripciones, absolutamente inciertas, y exasperando las inmisericordes penas de la disciplina anterior.²⁶ Por su parte, el decreto ley 25659, complementario del otro, construyó una hipótesis agravada de terrorismo, que bautizó con el nombre de *traición a la patria*, en la cual cada una de las múltiples modalidades²⁷ recibía una misma e indivisible sanción: la privación perpetua de la libertad (artículo 3.º).

²⁶ Transcribimos a continuación, para comodidad del lector, los artículos del decreto ley que más solicitaron el interés de la Corte Interamericana. Estas disposiciones, así como las que se copia en la nota sucesiva, están recogidas de Villavicencio Terreros: *Código Penal comentado*, Lima: Grijley, 2002, pp. 603-614.

Artículo 2: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte años”. La pena debía ser perpetua si el sujeto era dirigente de una organización terrorista, y no menor de treinta años de privación de la libertad para los simples miembros de esta (artículo 3.º). A su turno, el artículo 4.º castigó con veinte años de prisión al que “de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este decreto ley o la realización de los fines de un grupo terrorista”. Con términos así de inexpressivos, es de suponer que la interpretación auténtica contextual, desplegada en los seis acápite sucesivos, no conseguía en absoluto precisar qué debía entenderse por “actos de colaboración”. El artículo 5.º impuso la misma pena del terrorismo propiamente dicho (veinte años) a “los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella”, con la consiguiente posibilidad de acumularla a la primera. Y no mayor de doce ni menor de veinte años de privación de la libertad es el castigo anunciado a la incitación o instigación al terrorismo (artículo 6.º).

²⁷ Artículo 1: “Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2º del decreto ley número 25.475, cuando se emplean las modalidades siguientes: a) utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población; b) almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior”. Artículo 2: “Incorre en delito de traición a la patria: a) el que pertenece al grupo dirigenal [sic] de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente; b) el que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas; c) el que suministra, proporciona, divulga informaciones, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior”.

Numerosas personas sufrieron en carne propia los rigores de este borrascoso sistema. Prescindiendo de las que perecieron a consecuencia de tormentos o del *carcere duro*, se sabe de varias que continuaban en prisión cuando la Corte Interamericana conoció de sus situaciones, por cuanto la declaración interna de inconstitucionalidad de los procesos no fue obstáculo para volver a juzgarlas, una vez restablecida la legitimidad constitucional, en 2000, bajo la acusación de terrorismo.²⁸

Los primeros fallos son promisorios para el imperio de la determinación de la ley penal. El de 30 de mayo de 1999, dictado en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, denuncia la similitud de los tipos de terrorismo y traición a la patria, ya que se refieren a conductas no delimitadas con rigor, “por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del ministerio público y de los jueces respectivos [...] y de la propia policía”²⁹ (fundamento 119, con cita del fallo de 17 de septiembre de 1997 en el caso *Loayza Tamayo*). Yendo más allá, la Corte “entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”;³⁰ y, puesto que los usados en la especie “no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorios del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana” (fundamento 121). La lapidaria condena al Estado que parió tamañas disposiciones se repite en la resolución del 18 de agosto de 2000 (caso *Cantoral Benavides*). El tribunal reitera sus conceptos sobre la porosidad y yuxtaposición de las figuras de terrorismo y traición a la patria, con expresa mención de las medulares,³¹ a las que acusa de utilizar “expresiones de alcance indeterminado en relación con las

²⁸ Como en el caso *Urcesino Ramírez Rojas*, un economista condenado en 1994. Declarada la nulidad de su juicio en 2003, se le reabrió proceso por los mismos hechos. A la fecha del fallo de la Corte Interamericana, el 25 de noviembre de 2005, permanecía ininterrumpidamente privado de su libertad desde junio de 1991, o sea, por espacio de ¡catorce años!

Sucede que, tras la declaración, en 3 de enero de 2003, de la parcial inconstitucionalidad de los decretos leyes tantas veces citados, el gobierno del Perú emitió el decreto legislativo n.º 926, que reguló la anulación de los juicios y sentencias por los delitos de terrorismo seguidos en la década de los noventa ante jueces y fiscales con identidad secreta, anulación que, empero, como se dispuso allí, “no tendrá como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes”, de modo que estos serían conducidos, presos, para un nuevo juicio ante la verdadera judicatura.

²⁹ O sea, la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), órgano encargado de efectuar la calificación jurídica del delito —si terrorismo o traición a la patria— y que solía remitir los expedientes a la judicatura militar, competente para el conocimiento de esta última.

³⁰ “Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad...”.

³¹ Es decir, los artículos 2.º del decreto ley 25475, y 1.º y 2.º del decreto ley 25659, que hemos reproducido supra, notas 26 y 27.

conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social” (fundamento 155), razón por la cual las reputa reñidas con las exigencias legalistas garantidas por la Convención.

Pero dos golondrinas no hacen verano. Resoluciones posteriores, emitidas en el nuevo siglo, desmadejan el vigor de este entendimiento y suponen un cambio de rumbo en la jurisprudencia de la Corte. Particularmente lamentable resulta la del 25 de noviembre de 2004, en el doloroso caso de la periodista *Lori Berenson Mejía*, a quien el Estado condenó como responsable de colaboración con el terrorismo. Atendido que, “conforme a la legislación peruana, la colaboración no constituye una forma de participación en el terrorismo, sino un delito autónomo en que incurre quien realiza determinados actos para favorecer actividades terroristas” (fundamento 127), la Corte concluye que no estaría en pugna con el principio de legalidad. Tal apreciación, vertida a propósito del artículo 4.º del decreto ley 25475,³² a renglón seguido de rimbombantes declaraciones sobre la taxatividad de las leyes punitivas,³³ reaparece en el caso *García Asto y Ramírez Rojas*, no obstante que, si todas las figuras peruanas de terrorismo estaban lastradas de una irremediable y deliberada imprecisión, ninguna supera en vaguedad a esos actos de complicidad convertidos en sedicente tipo autónomo merced a un artificio malévolo del pretenso legislador.³⁴

Mas la sentencia de 25 de noviembre de 2005 se impulsa todavía más lejos: no solo considera respetuoso del principio en palabra aquel pergeño, sino que bendice también la pertenencia a organizaciones terroristas, en el artículo 5.º del decreto ley 25475, y las figuras de terrorismo previstas por el Código de 1991!, que en realidad constituían una mácula vergonzante en su articulado.³⁵ Una vez extraviada la recta comprensión del principio de taxatividad, la Corte tenía que incurrir en otros dislates de técnica jurídica con su visión de los actos de complicidad. En el caso de *María Teresa de la Cruz Flores*, médica cirujana condenada en 1996 por su pertenencia a una organización subversiva, pero en virtud del artículo 4.º de aquel decreto ley, la sentencia del 18 de noviembre de

³² Su contenido, supra, nota 26.

³³ Fundamentos 117-125, los que, en el fondo, no pasan de ser meros saludos ceremoniales.

³⁴ Véase lo que escribe al respecto Hurtado Pozo (o. cit., pp. 166 y 168). Bien lo percibió la jueza Cecilia Medina Quiroga en sus votos disidentes. Como la hipótesis principal de terrorismo, en el artículo 2.º del decreto ley 25.475, “no permite deslindar las conductas que describe de otros delitos que tienen un reproche penal menor”, esa indeterminación “afecta también a los artículos 4 y 5”. Para ella, los tres incumplen parejamente el principio de legalidad de los delitos.

³⁵ Recuérdese lo que apuntamos supra, texto y notas 24 y 25.

2004 registra el craso error de los jueces peruanos, que violaron el principio de legalidad al “tomar en cuenta, como elementos generadores de responsabilidad penal, la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar, y, sin embargo, solo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas”. Pero el mismo fundamento (102) del fallo da por buena la congruencia del artículo de marras con el mandato de taxatividad,³⁶ y por eso le reprocha “penalizar el acto médico, que no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico prestarlo”.³⁷ En este punto no solo salen desdibujadas las exigencias de determinación, sino que se desperfila, además, el confín entre atipicidad y causas de justificación.³⁸ En idéntica confusión se enredó la sentencia del 2 de mayo de 2008 para el caso *Kimel contra Argentina*.³⁹

Es de celebrar que el liberalismo penal vuelva por sus fueros y resplandezca en todas sus dimensiones, no solo la determinación de los tipos, en una importantísima sentencia de la Corte en punto a un delito común, se diría que como demostración de que la esfera de los delitos políticos —y, según veremos, también los crímenes internacionales— obnubila el juicio de los magistrados, endurece sus entendimientos y los incapacita para acertar en los problemas jurídicos de calado. Su éxito fue mayúsculo en el caso de *Fermín Ramírez contra Guatemala*, decidido el 20 de junio de 2005. Atendido

³⁶ Pese a los persistentes alegatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tanto en este como en otros procesos que afectaban al Perú hizo gala de una mejor inteligencia del principio de legalidad y, por ende, estimó viciados todos los preceptos de los decretos leyes que venimos glosando. Los argumentos de la Comisión en el presente caso, reproducidos por el fallo (fundamento 74), insisten en que “el principio de legalidad tiene un desarrollo específico en la tipicidad, la cual garantiza, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica”, así como en que la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (cf. supra, nota 28) “no soluciona las graves deficiencias e imperfecciones que posee el tipo penal del terrorismo desde su creación” (destacado nuestro).

³⁷ La mujer, en efecto, habría atendido profesionalmente a miembros de un grupo combatiente.

³⁸ El ejercicio legítimo de un oficio, médico u otros, está previsto en el catálogo de eximentes del Código Penal peruano (artículo 20.8).

³⁹ Eduardo Gabriel Kimel, historiador trasandino, fue condenado en 1999 como autor del delito de calumnia contra el juez federal que conoció de la *Masacre de San Patricio*, a saber, el asesinato de cinco religiosos ocurrido el 4 de julio de 1976, en plena dictadura militar. Tanto la Corte Interamericana como el Estado, en su leal reconocimiento de responsabilidades, convinieron en que la condena de Kimel, propiciada por la “falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias” (fundamento 65), violó la libertad de expresión. Prohijando esta manera de ver, la Corte declaró que los tipos respectivos infringían la garantía de taxatividad, porque, en su amplitud, permitirían amadrugar actos lícitos como los que consisten en el ejercicio de aquella libertad, y ordenó al Estado corregirlos (fundamentos 67 y 128). La doctrina del país se ha ocupado profusamente del conflicto entre la tutela del honor y la salvaguarda de la libertad de expresión; pero, que sepamos, no considera que las injurias y calumnias del Código de 1921 sean tipos abiertos, aunque falte en este —hay que reconocerlo— una regulación más minuciosa de los intereses legítimos, en cuya consecución las expresiones vertidas han de considerarse justificadas. Cf. Donna: *Derecho penal. Parte especial*, 4 vols., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. I, 2.ª ed. actualizada, 2003, pp. 417-435, 446-461.

que sobresale como señera excepción de una línea zigzagante de resoluciones en el tema, consideramos indicado dar breve notación de él.

Ramírez fue detenido el 10 de mayo de 1997 por la muerte violenta de una niña de doce años de edad. El ministerio público lo acusó de violación calificada, delito previsto en el artículo 175 del Código guatemalteco, que impone la pena de prisión de treinta a cincuenta años si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la persona ofendida (como a todas luces sucedió en los hechos de aquel día). Sin embargo, el tribunal, en flagrante agravio del principio de correlación entre acusación y sentencia, condenó al reo a muerte, como autor de asesinato, al tenor del segundo inciso del artículo 132, según el cual la pena ordinaria de este homicidio calificado, que va de veinticinco a cincuenta años de prisión, debe ser substituida por la capital “si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor peligrosidad del agente”. Los denodados esfuerzos de la defensa de Ramírez por revertir jurídicamente la condena resultaron infructuosos, fuera en la corte de apelaciones, fuera durante el procedimiento de casación, ante el máximo tribunal, fuera, en fin, porque la gracia del indulto que se pidió en su favor fue denegada por el presidente de la República.⁴⁰ Solo las medidas preventivas dispuestas por la Corte Interamericana permitieron suspender la ejecución, esa terrible amenaza que el infeliz sujeto arrojó durante varios años.

Pues bien, la sentencia de junio de 2005 no se contenta con declarar la trasgresión del Estado a las reglas del debido proceso. Además, haciéndose cargo del alegato de los representantes de la víctima y con una fina percepción del trasfondo político-jurídico del asunto, desarrolla un impecable razonamiento, cuyos momentos neurálgicos conviene reproducir para el lector. La categoría de la peligrosidad —así debuta el fallo— “constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo”. Prosigue la Corte: “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación de los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán [...] En fin de cuentas, se sanciona al individuo [...] no

⁴⁰ Por increíble que pueda sonar, el acuerdo gubernativo del 31 de mayo de 2000 invoca, entre los fundamentos de la negativa, ¡nada menos que la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos!

con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que [él] es”. Tras asentar este juicio, digno de elogio por su exactitud, la sentencia considera evidentes las deplorables implicaciones que acarrea la supervivencia penal de la peligrosidad, “absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”, y concluye que su previsión en un texto punitivo “es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contraria a la Convención” (fundamentos 94-96).

Pensamos que la orden impartida a Guatemala de suprimir la referencia a la peligrosidad en el tipo del asesinato posee un interés y una proyección mayores para los países del continente que aún asocian consecuencias penales o procesales a la trasnochada noción; por ejemplo, sirviéndose de ella en el papel de factor que debe ponderar el juez en la conmensuración de la pena⁴¹ o metiéndola de contrabando entre los casos que habilitan la imposición de la prisión preventiva.⁴² Como manifestó el juez García Ramírez al razonar su voto, “lo que se necesita es suprimir enteramente la referencia a la peligrosidad”. En otras palabras, hay que eliminar hasta su último vestigio de la entera legislación punitiva, por la cuña que ella encaja en el mandato de legalidad, la estructura del Estado de derecho y la orientación liberal que distingue o debiera signar a su segmento penal.⁴³ Tres veces salutar sería que los estados americanos se tomaran en serio lo decidido en el caso guatemalteco.

4 • La irretroactividad de la ley más gravosa y sus excepciones en la jurisprudencia de la Corte

La recomendación que acabamos de formular no podemos renovarla, desafortunadamente, llegando al criterio de la Corte sobre la irretroactividad de la ley más gravosa. En esta flexión del principio de legalidad su jurisprudencia vuelve a mostrar poca firmeza y, ahora, la propensión a dejarse seducir por los apremios extremadamente

⁴¹ Como el artículo 41, 2, del Código Penal argentino, acerca del cual es de interés consultar Rivacoba y Rivacoba: “Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino”, en *Teorías actuales en el derecho penal*. 75.º Aniversario del Código Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 291-309.

⁴² Operación paladina en la suposición de ser la libertad del encartado “peligrosa para la seguridad de la sociedad”, que consulta el artículo 140 del Código Procesal Penal de Chile. Sobre su esencial ilicitud, véase Guzmán Dalbora: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Montevideo y Buenos Aires, B. de F., 2009, pp. 382-384.

⁴³ Sin nombrar lo inconciliable de la peligrosidad con la dignidad humana. Cf. *ibidem*, pp. 91-92.

represivos, amén de conculcadores de máximas elementales de nuestra disciplina, que suscita la ocurrencia de crímenes internacionales.

El terrorismo no se cuenta en el número de estos. Acaso por ello la Corte consigue a su respecto resultados satisfactorios —descontando las cuestiones de taxatividad—. El fallo *De la Cruz Flores contra el Perú* reza que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la *acción u omisión* que la contravienen o se pretende sancionar”,⁴⁴ y que, “de conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito”.⁴⁵ Teniendo presente que los hechos atribuidos a la médica cirujana acaecieron antes de la dación del decreto ley por el que se la juzgó, resulta que el Estado violó en perjuicio de ella la garantía de que “tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” o, lo que es igual, “el principio de no retroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención” (fundamento 109). La declaración pertinente de la sentencia del 25 de noviembre de 2005 en el caso *García Asto y Ramírez Rojas*, más parca de palabras en su raciocinio, indica lo mismo, con la única diferencia de que el Estado peruano aplicó retroactivamente nada menos que su Código Penal a actos realizados un cuatrienio antes de 1991 (fundamentos 207 y 208).

El asunto cobra una coloración muy distinta cuando la Corte es solicitada por facetas más complejas de la irretroactividad. De hecho, en la sentencia de 26 de noviembre de 2008, relativa a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija de un mes de edad a manos de militares guatemaltecos y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil, hecho sucedido el 29 de agosto de 1990 y al que hizo escolta una premiosa e infértil investigación por plagio o secuestro en la judicatura de guerra, la Corte cambió abruptamente de punto de vista. Nadie ignora que la cuestión del tiempo en que el delito se estima cometido es de las más batallonas de la teoría de la ley penal, y todavía más espinoso se presenta el problema de la ley aplicable a los delitos permanentes, como el secuestro y esa variedad supranacional que recibe el inelegante nombre de *desaparición forzada de personas*. Pues bien, en esta disyuntiva la Corte adoptó la solución más

⁴⁴ Cursivas nuestras. Enseguida se dirá de los efectos que acarrearía para otro caso esta simpatía por la manifestación de voluntad en el espinoso problema del tiempo de comisión del delito.

⁴⁵ “Asimismo —termina el fundamento 105—, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido”.

severa para el reo, por no decir rayana en franca ilegalidad,⁴⁶ o sea, aquella que postula el dominio de una ley nueva, por más que esta exaspere las penas del ordenamiento vigente cuando comenzó el período consumativo, si el resultado se prolonga bajo la férula de la innovación.

“Desde su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez —recuerda el fallo de 2008, fundamento 52—, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye un hecho ilícito de naturaleza continua o permanente y de carácter pluriofensivo, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida de la persona detenida”. Líneas más adelante, después de poner de relieve la inoperancia de la judicatura militar del Estado, que no llegó siquiera a dictar el auto de apertura del juicio, y prestar atento oído al alegato de la Comisión, para la cual la irretroactividad de la ley más severa “constituye un obstáculo a la obtención de justicia en casos como el que nos ocupa”, justicia que sí puede ministrarle la introducción, en mayo de 1996, del delito de desaparición forzada de personas al Código Penal del país,⁴⁷ nuestro tribunal *de derechos humanos* se inclina por considerar aplicable este último, no el de secuestro, atendido el mantenimiento “de la conducta delictiva [...], ya que el destino de María y Josefa Tiu Tojín sigue siendo desconocido” (fundamentos 87 y 88).

¡Curiosa interpretación de la cláusula *momento de la comisión del delito*! Y es que a los argumentos aducidos por los penalistas en pro de la vigencia de la ley más favorable entre cuantas existieron entre el inicio y la conclusión de un delito permanente, tenemos que sumar la monumental gravedad de la opinión contraria cuando lo que se pretende es reducir los hechos a una previsión legal como la que priorizó la Corte. No se trata solo de que el delito permanente es, “en pura doctrina jurídica, un *delito único*”,⁴⁸ ni de que admitir el pensamiento que lo subyuga a modificaciones legislativas *in peius* “deja en manos del legislador una ilimitada libertad para modificar a su arbitrio las condiciones de su represión”.⁴⁹ La desaparición forzada de personas, tal como está concebida en el derecho

⁴⁶ Reserva hecha de los códigos que, haciendo salvedad a sus propios principios, la contemplan expresamente, como el alemán, en su § 2.2, según el cual “si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, se debe aplicar la ley que rige en el momento de su conclusión”. Esta es, asimismo, la opinión dominante de antiguo entre los criminalistas germánicos. Véase, por todos, Jescheck y Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín: Dunker & Humblot, 1996, pp. 138-139.

⁴⁷ Artículo 201 *ter*. Pena de veinticinco a cuarenta años de prisión, o la muerte, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada la víctima resultare con lesiones graves, trastorno psíquico permanente o falleciere.

⁴⁸ Jiménez de Asúa: o. cit., p. 641.

⁴⁹ Hurtado Pozo: o. cit., p. 310.

internacional y redactada en el Código de Guatemala,⁵⁰ traiciona un *delito de sospecha* o, dicho de un modo tan preciso como elocuente, una *sospecha de asesinato*. ¡Menuda tarea la de explicar después que la irrogación de sus penas a un piélagos de facinerosos, por intolerables que fuesen las fechorías, reverencia las expectativas de legalidad, como también las de causalidad y culpabilidad! Pero así marchan las cosas en la jurisprudencia de este tribunal.⁵¹

5 • Conclusiones

Al cabo de esta exposición, que no por crítica ha querido abandonar el plano de la imparcialidad, creemos que el juicio sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de legalidad penal tampoco puede ser lisonjero.

En efecto, vemos corroborado cómo el tribunal, en su inteligencia del concepto de *derecho aplicable*, si lo circunscribe correctamente a la ley de los estados, no parece, empero, ver mayores reparos en incluir en la última disposiciones legiferantes maculadas de insuperable nulidad, cuya entrada en los ordenamientos estatales se debe a regímenes poco respetuosos del sistema de garantías de los justiciables. Que la Corte limite sus apreciaciones al contenido de esos documentos, sin expresarse terminantemente en contra de su dignidad jurídica, puede deberse al recato de inmiscuirse en los asuntos internos de cada país, y acaso a un entendimiento apenas literal de su competencia con arreglo a la Convención de 1969. Con todo, es evidente que semejante pudor no se erige ni por asomo en bastión de los derechos de las personas allí donde estos lo precisan con mayor urgencia, o sea, ante el poder desbocado y sus afanes de revestir con una apariencia de juridicidad reglas que yacen en las simas insondables de lo arbitrario.

⁵⁰ Según el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de 1994, se considera tal “la privación de la libertad de 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 la 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”. A su vez, el artículo 201 *ter* del Código guatemalteco reza, en lo pertinente: “Comete el delito de desaparición forzada de personas quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención...”.

⁵¹ La sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile* prohibió al Estado invocar, entre otras garantías, la irretroactividad de la ley penal, como consignamos supra, nota 14.

Al comedimiento político de la Corte se alían serias deficiencias de técnica jurídica. El manejo del principio de taxatividad se pierde en un juego basculante que así atina como incurre en yerros macroscópicos, malogrando las exigencias concretas de la determinación de la ley penal dentro de sistemas que amadrigan el pecado de lo impreciso como nota de algunos grupos de delitos, en especial aquellos de significación política o trascendencia supraestatal. La pujanza represiva que alienta la óptica dominante con que se examinan los crímenes internacionales arrastra a la Corte a interpretaciones adustas, henchidas de carga emocional, y a descartar sin remilgos ni un análisis pormenorizado las posturas científicas opuestas a aquel designio, pero descalificadas como contrarias a la defensa de los derechos fundamentales. Como efecto del conjunto, sale mal parado el liberalismo que inspiró el nacimiento y la arboladura conceptual de esos mismos derechos, no menos que su ulterior protección por las leyes punitivas.

Haría bien la jurisprudencia internacional penal en prescindir de las orientaciones de la Corte, supuesto que en su autorización para recurrir a ellas la guíe el objetivo de fijar los elementos de los crímenes de su incumbencia honrando la legalidad, ese paladín en general maltratado por los órganos de salvaguarda de los derechos humanos. También los tribunales nacionales del continente americano han de ir en esto con pies de plomo. Solo una cuidadosa criba, que rescate de un bosque de equivocaciones los contados casos en que la Corte, aleccionada por la asesoría de los especialistas, logra resultados aceptables para el primero de los principios cardinales del Derecho penal, puede contribuir al perfeccionamiento de nuestra disciplina en el contexto de países muy requeridos de mejora en el atribulado momento actual.

- AMBOS, Kai: *La Parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- BAUMANN, Jürgen, Ulrich WEBER y Wolfgang MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld: Gieseking, 10.ª ed., 1995.
- CADOPPI, Alberto: *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sobre la dimensione in action della legalità*, Turín: Giappichelli, 2007.
- DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho penal. Parte especial* (4 vols.), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. I, 2.ª ed., actualizada, 2003.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general* (4 vols. publicados), Madrid: Tecnos, t. I (“Introducción”), 5.ª ed., 1996.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Introducción al Derecho penal*, Madrid: Ramón Areces, 3ª ed., 2005.
- GAMBERINI, Alessandro, en *Introduzione al sistema penale*, obra colectiva coordinada por INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI y ZANOTTI (2 vols.), Turín: Giappichelli, t. I, 3.ª ed., 2006.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: “El nuevo Código Penal del Perú (1991)”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, n.ºs 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. 631-731.
- *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2009.
- HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general* (I), Lima: Grijley, 3.ª ed., 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y Thomas WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín: Dunker & Humblot, 5.ª ed., 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal* (7 vols. publicados), Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II, 1950.
- LÓPEZ DE OÑATE, Flavio: *La certezza del diritto* (nueva edición revisada al cuidado de Guido Astuti), Milán: Giuffrè, 1968.
- MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF: *Tratado de Derecho penal. Parte general* (2 vols., traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994.

- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de: “Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino”, en *Teorías actuales en el derecho penal. 75.º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 291-309.
- *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968.
- “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 4, julio de 1999, pp. 735-741.
- “Orden político y orden penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, vol. 22, n.º 2 (monográfico: *Derecho penal y criminología*), mayo-agosto de 1995, pp. 201-212.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Cívitas, 1977.
- “Legalidad (Principio de) (Derecho penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XIV, Barcelona, 1971, pp. 882-893.
- SÁINZ CANTERO, José: *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (3 vols. publicados), Barcelona: Bosch, 2.ª ed., t. II, 1985.
- VASSALLI, Giuliano: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, extracto del *Digesto*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. VIII (penale), 4.ª ed., 1994.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Código Penal comentado*, Lima: Grijley, 2002, pp. 603-614.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (en colaboración con Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002.

EL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Juan Luis Modolell González

RESUMEN. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a las fuentes aplicables para determinar la responsabilidad internacional del Estado en el caso de desaparición forzada de personas, cuestión importante para la tipificación del delito en la legislación interna de los estados partes. Igualmente, dicha jurisprudencia recalca la obligación del Estado parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos, de tipificar este delito en su derecho interno conforme a estándares internacionales. Además, la Corte califica la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad.

ABSTRACT. The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights refers to the sources of law which are applicable in establishing the international liability of a State in cases of the enforced disappearance of persons: this is important for defining the offence in the domestic law of the states parties. This jurisprudence also underlines the obligation of the states parties to the Inter-American system for the protection of human rights to define this offence in their domestic legislation according to certain international standards. Furthermore, the Court describes the enforced disappearance of persons as a crime against humanity.

* En este breve escrito se abordan, desde el punto de vista del derecho penal y del derecho penal internacional, los aspectos más relevantes desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el crimen de desaparición forzada de personas. Igualmente, se hace alusión a algunos criterios que sobre este crimen ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las denuncias formuladas ante la Corte IDH durante los últimos cinco años.

1 ● Aspectos generales

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de desaparición forzada de personas se refiere a ciertos puntos de carácter general a los cuales aludiré brevemente antes de pasar al análisis de los elementos constitutivos de este delito. Así, la Corte IDH aborda lo relativo a las fuentes aplicables para determinar la responsabilidad internacional del Estado en el caso de desaparición forzada de personas, cuestión importante para la tipificación del delito en la legislación interna de los estados parte. Igualmente, la jurisprudencia recalca la obligación, para el estado parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, de tipificar este delito en su derecho interno conforme a unos estándares internacionales. Por último, como otro punto general digno de ser analizado, la Corte IDH califica la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad.

A. En cuanto a los dos primeros aspectos, la jurisprudencia de la Corte considera que para determinar la responsabilidad del Estado en materia de desaparición forzada de personas no basta recurrir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino también, y especialmente, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP).¹

La consecuencia fundamental de acudir a esta fuente es la obligación que tienen los estados parte de tipificar internamente el referido crimen con base en el artículo II de la CIDFP.² En tal sentido, dispone el referido artículo:

Para los efectos de la presente Convención, se considera 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.

¹ Así, por todas, caso *Gómez Palomino contra Perú* (22 de noviembre de 2005, fondo, reparaciones y costas), § 94. La convención especial aludida fue aprobada durante el 24.º período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994.

² Caso *Gómez Palomino contra Perú*, cit., § 96. Igualmente, sobre la necesidad de adoptar los parámetros de tipificación de la referida convención, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por todas, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Heliodoro Portugal contra la República de Panamá*, 23 de enero de 2007, § 217 ss.; demanda en el caso de *Kenneth Ney Anzualdo Castro contra la República del Perú*, 11 de julio de 2008, § 196 ss.; demanda en el caso de *Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, 15 de marzo de 2008, § 138 ss.

Lo anterior conduce a preguntar cómo debería ser la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en los países que han aprobado, además de la CIDFP, el Estatuto de Roma (ECPI) de la Corte Penal Internacional (CPI), especialmente porque este último instrumento define de forma distinta el delito de desaparición forzada de personas. Así, establece su artículo 7.2.i:

Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Entre ambas disposiciones existen claras diferencias. Así, según la norma de la CIDFP el autor solo puede ser un agente del Estado o una persona que obre con la autorización, apoyo o aquiescencia de este. Por su parte, la definición del ECPI contempla, como autores del delito, al Estado u “organización política”; por lo tanto, parece prever la posibilidad de que miembros de una organización subversiva enfrentada al Estado pudieran cometer este hecho punible.

Igualmente, la definición de la CIDFP implica que no se dé información del paradero de la persona, lo cual se entiende en sí mismo como un impedimento del “ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. Por lo tanto, la conducta de dejar a una persona por breve tiempo al margen del amparo de la ley, porque no se da información sobre su paradero, podría ser calificada como desaparición forzada de personas. Por su parte, la definición del ECPI prevé la circunstancia de dejar al margen de la ley al detenido como un elemento subjetivo del injusto, es decir, como un fin perseguido por el autor del delito que, sin embargo, no es necesario lograr. En consecuencia, si la intención de los autores de la detención ilegal es hacer aparecer al detenido algunas horas o días después, no podría hablarse de desaparición forzada de personas al faltar el fin de sacar del amparo de la ley a la víctima por un período prolongado. Literalmente interpretada, la tipificación de la Convención no implica la permanencia de la conducta, ni siquiera como intención ulterior perseguida por el autor. En cambio, el Estatuto, si bien no requiere que dicha permanencia se realice realmente, sí exige que el autor la persiga. Volveré sobre este aspecto.

La jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, después de la entrada en vigencia de la CIDFP, ha sostenido la necesidad de que este crimen se tipifique como delito

autónomo. Así, expresa la Corte que para el castigo de esta conducta no basta recurrir 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 solo 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”.³ Este mandato de criminalización se concreta, como veremos, en la elaboración de unos estándares mínimos que deben ser cumplidos por el Estado parte al momento de tipificar el delito de desaparición forzada de personas.⁴

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 CIDFP faculta a la Corte IDH a conocer de casos de desaparición forzada y, por lo tanto, a aplicar la referida Convención.⁵ 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 a derechos consagrados en el Pacto de San José o una infracción a la propia Convención especial.

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 proteger los derechos humanos, puede realizar mandatos de incriminación a los estados parte 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

³ Caso *Gómez Palomino*, cit., § 92.

⁴ Véase, por todos, caso *Goiburú y otros contra Paraguay* (22 de septiembre de 2006, fondo, reparaciones y costas), § 92. En esta sentencia expresa la CIDH: “El Derecho internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar” (ídem, § 92). Incluso en este caso, la Corte atribuye carácter de *ius cogens* a la prohibición de desaparición forzada de personas, así como el deber de investigar y sancionar a sus responsables (ídem, § 84, también § 93; en igual sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso *Julia Gomes Lund y otros —Guerrilha do Araguaia— contra la República Federativa del Brasil*, 26 de marzo de 2009, § 185 ss.).

⁵ Véase al respecto Medina Quiroga: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2003, p. 127.

un delito denominado *desaparición forzada de personas* para castigar 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.⁶

En la jurisprudencia de la Corte se nota 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 evitaran la impunidad, sin dictar lineamientos concretos en cuanto a los requisitos típicos del delito. Por ejemplo, indicarles a los estados parte cómo debe entenderse el carácter ilegal de la detención parece una exageración, y además 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.

B. Sobre el último argumento general de la jurisprudencia de la Corte IDH, esta ha calificado la desaparición forzada de personas como *delito de lesa humanidad*, para lo cual cita incluso al Estatuto de Roma.⁷ En relación con ello cabría preguntarse si esa calificación 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, la prohibición de indultos y amnistías, etcétera. Igualmente,

⁶ Así, en otra sentencia la CIDH expresa 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*, 27 de noviembre de 2008, fondo, reparaciones y costas, § 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.

⁷ Caso *Goiburú*, cit., § 82. Al respecto, véase también Comisión Interamericana de Derechos 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).

podría pensarse que el carácter de lesa humanidad atribuido por la Corte IDH implica que el referido delito debe 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.⁸ 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 la Corte IDH no restrinja la desaparición forzada a los casos cometidos de forma general y sistemática. Esta conclusión, además, ha sido confirmada expresamente en alguna sentencia, como indicaré.

2. Aspectos sustantivos (elementos del crimen)

Como he mencionado, la Corte IDH no se ha limitado a hacer recomendaciones de carácter general sobre la desaparición forzada de personas, sino que ha dictado pautas referidas tanto al fin que debe cumplir la represión de este crimen como a la estructura (elementos) que debe contener el tipo penal de desaparición forzada de personas. A continuación me referiré a dichos criterios:

2.1. Bien jurídico protegido

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido reiteradamente que la desaparición forzada de personas es un delito *pluriofensivo*, una violación múltiple. Así, desde sus primeras sentencias sobre el tema ha definido este delito como “una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención”.⁹ Se trata de “un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a

⁸ Al respecto véase Comisión Interamericana de Derechos 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 Tojin contra Guatemala*, 26 de noviembre de 2008, fondo, reparaciones y costas, § 91).

⁹ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (29 de julio de 1988, fondo), § 155; igual, caso *Godínez Cruz contra Honduras* (20 de enero de 1989, fondo), § 163.

ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto”.¹⁰ Además, dicho delito es una forma de “tratamiento cruel e inhumano”,¹¹ e incluso una violación del derecho a la vida por implicar frecuentemente “la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron”.¹²

Estas consideraciones definen los intereses lesionados por la desaparición forzada de personas en virtud de lo que usualmente ocurre en la realidad, sin realizar un análisis jurídico-normativo de dicho crimen. Obviamente, a esto puede responderse que en esos casos la Corte IDH determinó qué derechos humanos concretos resultaron lesionados por la práctica de la desaparición forzada, para así afirmar la responsabilidad internacional del Estado; es decir que sus conclusiones no estaban dirigidas a la posible tipificación de ese delito. Además, también las consideraciones que hace la Corte IDH podrían explicarse por el hecho de que en el momento de estas primeras sentencias aún no se había aprobado la CIDFP, de allí que la Corte IDH solo podía recurrir a la CADH y ensayaba posibles soluciones al respecto.¹³ Por último, este tratamiento fáctico también podría explicarse porque, en suma, la Corte tiene como fin determinar la responsabilidad internacional del estado parte y no la de un sujeto en particular, lo cual facilita un tratamiento laxo del fenómeno de la desaparición forzada de personas.

En posteriores sentencias la Corte ha reiterado, en cuanto a los derechos lesionados, el carácter múltiple de este delito,¹⁴ aunque se puede apreciar un matiz algo más jurídico para determinar los intereses afectados. Así, se afirma que la desaparición forzada viola la libertad personal (“privación arbitraria de la libertad”) y “pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido”.¹⁵ También expresa que la desaparición forzada afecta la libertad personal, la integridad y la seguridad personales, “pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreado otros delitos conexos”.¹⁶

¹⁰ Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155.

¹¹ *Ibidem*, § 156.

¹² *Ibidem*, § 157.

¹³ Al respecto, véase Medina Quiroga: o. cit., p.123.

¹⁴ Verbigracia, caso *Blake contra Guatemala* (24 de enero de 1998, fondo), § 65; caso *Goiburú*, cit., § 82 ss.; caso *Heliodoro Portugal contra Panamá* (12 de agosto de 2008, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 112.

¹⁵ Caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala* (25 de noviembre de 2000, fondo), § 128; caso *Tiu Tojin*, cit., § 52.

¹⁶ Caso *Gómez Palomino*, cit., § 92; caso *Blake*, cit., § 66. Incluso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en contra del criterio de la Corte, considera que la desaparición forzada atenta contra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (por todas, demanda en el caso de *Ticona Estrada*, cit., § 153 ss.;

Por lo tanto, la desaparición forzada de personas implicaría la combinación de un aspecto lesivo referido a la libertad personal y un peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida.¹⁷ Es importante recalcar este último aspecto, ya que no sería necesaria la lesión de la vida —es decir, la muerte del detenido— para que se configurara este delito. En tal sentido, la referida CIDFP prevé la posibilidad de que los estados parte puedan establecer atenuantes de pena si los responsables contribuyen “a la aparición con vida de la víctima” (artículo III, segundo párrafo).¹⁸ Se confirma entonces que para la consumación de este delito no es necesaria la muerte de la persona, aunque sí la puesta en peligro de su vida.¹⁹

La determinación del interés protegido en el tipo de desaparición forzada de personas es de suma importancia, especialmente porque ayuda a precisar el alcance de la conducta requerida para la configuración de este delito y el momento de su consumación. Estos aspectos obligan a analizar si el delito de desaparición forzada de personas supone una presunción de que la conducta previa de privación ilegítima de libertad acarrea *per se* un peligro para la vida, la integridad física, etcétera, del detenido o si más bien, una vez afectada la libertad personal, habría que comprobar si los demás bienes jurídicos fueron realmente puestos en peligro (peligro concreto) por dicha privación de libertad. La diferencia de matiz no es gratuita y acarrea interesantes consecuencias. Incluso es sobre este punto que un sector doctrinal ha sostenido, desde hace tiempo, que un delito semejante constituye una “tipicidad de mera sospecha”.²⁰

igualmente, demanda en el caso *Kenneth Ney Anzualdo*, cit., § 167 ss.; demanda en el caso *Julia Gomes Lund y otros —Guerrilha do Araguaia—*, cit., § 208 ss.; demanda en el caso de *Florencio Chitay Nech y otros contra la República de Guatemala*, 17 de abril de 2009, § 136 ss.).

¹⁷ La Comisión Interamericana sostiene que la detención ilegal y arbitraria coloca a la víctima en una situación de vulnerabilidad que pone en riesgo su derecho a la integridad personal y a ser tratada con dignidad (demanda en el caso *Kenneth Ney Anzualdo*, cit., § 105 ss.; también, demanda en el caso de *Florencio Chitay Nech y otros*, cit., § 114).

¹⁸ Así, Medina Quiroga: o. cit., pp. 126 ss.

¹⁹ “Algunas veces la desaparición forzada es conceptualizada como una violación agravada del derecho a la vida, debido a las violaciones de otros derechos cometidas con el afán de perpetuar la impunidad de los autores, así como por las consecuencias que tiene la desaparición de una persona en los derechos fundamentales de otras, en particular de los familiares de la persona desaparecida. Si bien esta apreciación es correcta en la mayor parte de los casos, es menester recordar que la desaparición no siempre entraña una violación consumada del derecho a la vida. La muerte de la víctima, como indica la última frase del artículo 1.2 de la Declaración [sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas], no es elemento de la definición de la desaparición” (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, 2004, p. 129).

²⁰ Por toda la doctrina tradicional, Quintano Ripollés: *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1962, tomo I, pp. 808 ss.

Al respecto, considero que debe descartarse la posibilidad de entender este delito como una presunción de muerte, o de peligro para la vida, derivada de la privación ilegítima de libertad.²¹ Entenderlo así sería concederle la razón al sector doctrinal que lo califica como *delito de sospecha*. Este delito, en la definición que de él hace la CIDFP, podría entenderse como un tipo de peligro abstracto, en el sentido de que una privación de libertad sin suministrar información del paradero del detenido ni permitirle al detenido ejercer el control de su detención representa un *hecho estadísticamente peligroso* para los demás intereses (integridad física, seguridad personal y vida). Pero como el peligro abstracto, el peligro estadístico, no implica una presunción legal de peligro que no pueda desvirtuarse por prueba en contrario,²² es descartable la existencia de dicho peligro si los autores de la privación ilegítima de libertad garantizan los demás derechos de la víctima, sobre todo la vida y la integridad física de la persona que tienen detenida, aunque no ofrezcan detalles de su paradero. Piénsese en el caso de una privación ilegal de libertad practicada por agentes del Estado sobre un presunto delincuente de tal forma que, aun cuando no ofrezcan información sobre su paradero, su vida nunca corra peligro en razón de que los funcionarios necesitan que el detenido se infiltre posteriormente en la organización criminal a la cual pertenece, para así capturar a los miembros de esta. Lo mismo ocurre en el caso de los llamados, en Venezuela, *ruleteos*, que realiza la policía al detener a alguien y llevarlo de comisaría en comisaría sin ofrecer información, pero en los que la víctima aparece a las horas de la detención. Si bien se trata de una práctica ilegal, una privación ilegal de la libertad, no constituye desaparición forzada de personas por no ser una conducta apta, desde un punto de vista ex ante, para poner en peligro el resto de los intereses mencionados. Como desarrollaré más adelante, en el Estatuto de Roma

²¹ Según Medina Quiroga, la CIDH concibió, en sus primeros tres casos, la desaparición forzada como una presunción de violación del derecho a la vida (o. cit., pp. 124 ss.). Igualmente, desde el punto de vista fáctico, y a los fines de la responsabilidad del Estado, puede citarse el caso *Castillo Páez contra Perú* (3 de noviembre de 1997, fondo), en cuya sentencia se expresa: “La Corte considera demostrada la violación del artículo 4 de la Convención que protege el derecho a la vida, ya que el señor Castillo Páez fue detenido arbitrariamente por agentes de la Policía del Perú; que dicha detención fue negada por las mismas autoridades, las cuales, por el contrario, lo ocultaron para que no fuese localizado, y que desde entonces se desconoce su paradero por lo que se puede concluir que, *debido al tiempo transcurrido desde el 21 de octubre de 1990 a la fecha, la víctima ha sido privada de la vida [...]*” (§ 71, cursivas mías). También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha presumido la muerte dadas las circunstancias en que se produjo la detención de las víctimas, la condición de “enemigos del régimen” de las víctimas, la existencia de una práctica de desapariciones forzadas tolerada por el Estado, y el transcurso del tiempo. Así, demanda del caso *Goiburú y otros*, cit., § 145; en parecido sentido, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *María Tiu Tojín y Josefa Tiu Tojín contra la República de Guatemala*, 28 de julio de 2007, § 153 ss., especialmente § 165; demanda en el caso de *Florencio Chitay Nech y otros*, cit., § 133).

²² Así, Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998, pp. 209 ss. (62 ss.); véase también Modolell González: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, 2001, pp. 240 ss.

se sortean perfectamente todos estos problemas al contemplarse en la definición de este crimen un especial elemento subjetivo del injusto.

2.2. Conducta típica

1. Como he expresado, la Corte IDH ha hecho especial énfasis en la afectación de la libertad personal como conducta central de la desaparición forzada de personas, que impide a la víctima ejercer el control de la detención.²³ Sobre la detención, ha expresado la jurisprudencia de la Corte que no necesariamente debe ser ilegal *ab initio*:

Al limitar la privación de libertad en este contexto a aquellas situaciones en que esta sea ilegal, excluyendo así formas legítimas de privación de libertad, la tipificación del delito se aparta de la fórmula mínima convencional. Cabe resaltar que la fórmula contenida en la Convención Interamericana señala como elemento básico la privación de libertad “cualquiera que fuere su forma”. Es decir, no resulta relevante la forma en que se hubiese producido: lícita o ilícita, violenta o pacífica, por ejemplo.²⁴

Esta afirmación es totalmente errada, ya que cuando la CIDFP alude, como posible elemento del tipo, a *cualquier forma de privación de libertad* se refiere a la modalidad de ejecución de la privación, es decir, a la manera en que esta se ejecuta, y en modo alguno a su carácter ilegal, el cual está sobreentendido. En efecto, no puede existir este delito sin una privación ilegítima de libertad previa o concurrente. Es obvio que la privación de libertad legítima puede convertirse posteriormente en una privación ilegal (verbigracia, una persona detenida en flagrancia no es puesta a la orden de un tribunal en el lapso legal establecido), pero solo cuando la ilegalidad de la detención comienza es cuando estrictamente podrá hablarse, si concurren el resto de los elementos, de una desaparición forzada de personas.²⁵

²³ Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155; caso *Godínez Cruz*, cit., § 163; caso *Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras* (5 de marzo de 1989, fondo), § 148.

²⁴ Caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 192; en igual sentido, caso *Blanco Romero y otros contra Venezuela* (28 de noviembre de 2005, fondo, reparaciones y costas), § 105.

²⁵ Respecto a la privación de libertad, la Comisión Interamericana ha expresado lo siguiente: “El análisis de un procedimiento de privación de libertad efectuado por un Estado y su compatibilidad con el artículo 7(2) y 7(3) de la Convención Americana requiere, en primer lugar, la determinación de la legalidad de la detención en sentido material y formal, a cuyo efecto se debe constatar si es compatible con la legislación interna del Estado en cuestión. El segundo paso se cumple mediante el análisis de dichas normas internas a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana, a fin de establecer si aquellas son arbitrarias. Finalmente, ante una detención que cumpla los requisitos de una norma de derecho interno compatible con la Convención Americana, corresponde determinar si la aplicación de la ley al caso concreto ha sido arbitraria” (demanda en los

Por su parte, el artículo 7.2.i del ECPI define la desaparición forzada como una “aprehensión, detención o secuestro de personas”, sin aludir expresamente a su carácter ilegal. Sin embargo, tal ilegalidad se deduce de la conducta descrita posteriormente: “la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas”, según expresa el Estatuto. La forma en que describe la conducta de detención resulta más cónsona con la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas, en el sentido de que la ilegalidad deriva de la falta de información, de negarle a la víctima la posibilidad de controlar su detención, independientemente de que la privación de libertad haya comenzado siendo lícita o ilícita.

2. La falta de información sobre el paradero de la persona detenida es también considerada por la Corte IDH un elemento del crimen de desaparición forzada:

Un elemento esencial de la desaparición forzada es la negativa de reconocer la privación de libertad. Este elemento debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se le relaciona, como por ejemplo el secuestro, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo.²⁶

Resulta interesante pensar en las consecuencias de esa “falta de información” en la estructura del delito de desaparición forzada. Es decir, ¿esa falta de información convertiría la desaparición forzada de personas en un delito de omisión? ¿Incluso en un delito de comisión por omisión en virtud de un actuar precedente ilícito? Además, ¿sería necesario un requerimiento formal a los autores sobre el paradero de la víctima para que se dé este elemento? Solo quiero dejar planteadas estas interrogantes, cuyas respuestas requieren de un mayor estudio.

3. Añade la Corte, como característica fáctica de la desaparición forzada, la prolongación de la conducta traducida en “el aislamiento prolongado y la incomunicación

casos de *Blanco Romero y otros contra la República Bolivariana de Venezuela*, 30 de junio de 2004, § 96). En cuanto a la ilegalidad de la detención, la Comisión Interamericana la entiende en un sentido amplio, no restringido a contrariedad a la ley, sin más bien como sinónimo de irregular, abusivo, contrario a derecho, incluso, citando al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “inapropiado o injusto” (véase la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Maria Tiu Tojín y Josefa Tiu Tojín*, cit., § 121 y 122; igualmente, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 122 y 123).

²⁶ Caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 198; caso *Gómez Palomino*, cit., § 103 ss.

coactiva a los que se ve sometida la víctima”, que “representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano”.²⁷ Estas afirmaciones de la Corte IDH podrían llevar a pensar que la permanencia es un elemento fundamental de la conducta típica. Por lo tanto, si la conducta de desaparición forzosa se aborta a los pocos días de haberse privado ilegalmente de la libertad al detenido, solo habría tentativa de delito. Adicionalmente, en otra sentencia la Corte ha sostenido que ese aislamiento prolongado, la situación de incomunicación en la cual se encuentra el detenido, produce una “situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención”.²⁸

Desde mi punto de vista, la prolongación de la privación de libertad, como elemento del tipo, contradiría el artículo II de la CIDFP, el cual nunca alude a la referida prolongación. Al respecto, nuevamente resulta más coherente la definición contenida en el Estatuto de Roma, que incluye un elemento subjetivo del injusto.²⁹ Así, la parte final del referido artículo 7.2.i del ECPI establece que la privación de libertad y la consiguiente falta de información sobre las personas deben haber sido realizadas “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”. Por lo tanto, se trata de un fin que debe perseguir el autor cuando realiza la conducta, pero que no es necesario lograr para la consumación del delito. Se trataría de un delito de *tendencia interna trascendente*, en el cual el tipo penal exige la presencia de un determinado fin en el autor cuando realiza la conducta, pero que no es imprescindible conseguir para la perfección del tipo.³⁰

4. La jurisprudencia de la Corte IDH ha considerado que la responsabilidad internacional del Estado se ve agravada, en el caso de la desaparición forzosa de personas, cuando esta “forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”,³¹ circunstancia que parece conducir a la Corte a fundamentar su calificación

²⁷ Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., § 156; igualmente, caso *Bámaca Velásquez*, cit., § 150; caso *Godínez Cruz*, cit., § 164; caso *Fairén Garbi*, cit., § 149.

²⁸ Caso *Bámaca Velásquez*, § 150.

²⁹ Según la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la definición de la desaparición contenida en el Estatuto “es semejante a la de la Convención Interamericana, con un elemento subjetivo adicional que figura en la última frase del artículo 7.2.i) [...]” (o. cit., p. 131). No obstante, considero que entre las dos definiciones hay más diferencias que ese elemento subjetivo. En todo caso, este cambia radicalmente la interpretación del tipo penal, como demostraré infra.

³⁰ Al respecto, véase Mir Puig: o. cit., p. 263 (142); igualmente, Mezger: *Tratado de derecho penal* (trad. de Rodríguez Muñoz), Madrid, 1946, tomo I, pp. 343 ss.; Jescheck y Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeine Teil*, Berlín, 1996, p. 319.

³¹ Caso *Goiburú*, cit., § 82.

como delito de lesa humanidad.³² Sin embargo, la consideración del elemento sistemático como simple agravante implica que para la Corte IDH un caso aislado de desaparición forzada también puede ser considerado como delito, cuestión explicable en el derecho interno y en relación con la responsabilidad internacional del propio Estado.³³

5. Igualmente, la Corte ha sostenido que la privación de libertad y la negativa de dar información son modalidades “concurrentes”, no “optativas”:

[...] la normativa internacional requiere que ambos elementos estén presentes, tanto el de la privación de libertad, cualquiera fuere su forma, como el de la negativa de proporcionar información al respecto.³⁴

2.3. Sujeto activo

A primera vista parecería que el sujeto activo de este tipo penal solo puede ser un funcionario público que actúe en ejercicio de sus funciones, es decir, un funcionario u órgano del Estado. Al respecto, la jurisprudencia comentada ha sostenido que los autores o partícipes de este hecho pueden ser agentes del Estado o personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.³⁵ La propia CIDFP restringe el sujeto activo de este delito a agentes del Estado y a personas que obren con su apoyo y aquiescencia. Por lo tanto, nunca podría ser sujeto activo de este delito un miembro de una organización sublevada contra el Estado (por ejemplo, grupos guerrilleros que buscan derrocar al gobierno). El Estatuto de Roma va más allá, al definir el crimen de desaparición forzada de personas, por cuanto concibe que el sujeto activo pueda pertenecer

³² Ídem (al respecto, véase también la nota 8).

³³ En contra del elemento sistemático, o de exigir un contexto específico para la existencia de la desaparición forzada, caso *Ticona Estrada*, voto razonado de los magistrados García-Sayán y García Ramírez (§ 4 ss.).

³⁴ Caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 196.

³⁵ Caso *Gómez Palomino*, cit., § 100 y 101; igualmente, caso *Blanco Romero y otros*, cit., § 105. En este último caso la CIDH señala que el delito de desaparición forzada de personas debe abarcar la sanción de “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”, y no limitarlo a “la autoridad pública” o “persona al servicio del Estado”. Por otra parte, la CIDH determinó en el caso *Blake* (cit., § 75 ss.) que patrullas civiles creadas como grupos de autodefensa debían ser consideradas como agentes del Estado, al actuar con la aquiescencia de este: “En consecuencia, la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a este los actos por ellas practicados” (Ibíd., § 78; sobre este fenómeno de grupos paramilitares, véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso de *Florencio Chitay Nech y otros*, cit., § 49 ss.).

a una “organización política”, término que abarcaría cualquier grupo organizado que actúe contra el poder constituido.

El delito comentado implica una ilegalidad de la detención, por menoscabar derechos del detenido; por lo tanto, el delito presupone que la persona que lleva a cabo la privación de libertad tenga un deber jurídico especial de informar sobre el paradero del detenido y de permitirle a este el control de su detención. Se trata entonces de un delito de infracción de deber en el sentido tradicional del término, ya que el autor tiene un deber extrapenal con relación al sujeto privado de libertad. Dicho deber restringe el ámbito de la autoría a las personas que están obligadas a cumplirlo.³⁶

Esta posición se consolida con mayor fuerza en la definición que hace el artículo 2 de la CIDFP, la cual se refiere al impedimento de ejercer “los recursos legales y las garantías procesales pertinentes”. Estos deberes solo pueden concurrir en órganos del Estado y no en grupos sublevados contra este. No obstante, si ello fuera así, ¿por qué se previó que el sujeto activo pueda obrar con aquiescencia del Estado? Piénsese, por ejemplo, en un grupo paramilitar tolerado por el Estado o en complicidad con él para hacer la guerra sucia contra insurgentes. En efecto, podría decirse que estos grupos tampoco tienen un deber con relación al detenido, como lo tiene estrictamente un órgano del Estado. Sin embargo, en este último supuesto el apoyo o la aquiescencia del Estado sería lo que genera su responsabilidad y fundamenta el deber respecto de la persona detenida.

2.4. Carácter permanente de la desaparición forzada de personas

Un punto central en la definición del delito de desaparición forzada radica en el carácter permanente que se le atribuye. Como he señalado, tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como diversas normas internacionales consideran que la desaparición forzada implica una “violación múltiple y *continuada*” de varios derechos de la Convención.³⁷ Aunque la Corte y la CIDFP (artículo III) empleen la frase “delito continuado”, el término correcto sería *delito permanente*, ya que para el derecho penal el primer término mencionado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo.

³⁶ Al respecto, Roxin: *Autoría y dominio del hecho* (trad. de Cuello y Serrano), Madrid y Barcelona, 2000, pp. 385 ss.

³⁷ Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155; caso *Bámaca Velásquez*, cit., § 128; caso *Gómez Palomino*, cit., § 92; caso *Goiburú*, cit., § 81 ss.; caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 34, igualmente § 106 ss.; caso *Tiu Tojin*, cit., § 52; caso *Ticona Estrada y otros contra Bolivia* (27 de noviembre de 2008, fondo, reparaciones y costas), § 54.

Por otra parte, la Corte ha expresado:

A diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha [...] En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto dicha violación hubiera continuado [...].³⁸

Por lo tanto, una primera razón para darle carácter de delito permanente responde a la validez temporal de la ley y poder fundamentar la competencia de la Corte.³⁹

En cuanto a la definición de permanencia, la Corte sostiene:

La desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo solo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima.⁴⁰

³⁸ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 34; en igual sentido, caso *Ticona Estrada y otros*, cit., § 28 ss.

³⁹ No obstante, en algún caso la CIDH se ha manifestado contradictoriamente con relación al carácter “continuo” de la desaparición forzada de personas, concretamente para afirmar su competencia sobre hechos acaecidos antes del reconocimiento de la competencia de la Corte (al respecto, caso *Blake*, cit., § 53 ss.; comentarios de las sentencias sobre este caso, véase Medina Quiroga: o. cit., pp. 132 ss.; igualmente, Popkin: “El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *ratione temporis*”, en *Cejil*, n.º 1, Buenos Aires, 2005, pp. 45 ss.; Saavedra Alessandri: “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Martín, Rodríguez y Guevara (comps.): *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2004, pp. 288 ss.). La contradicción también resalta en el caso *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* (23 de noviembre de 2004, excepciones preliminares), § 79, donde se expresa: “Debido a que la limitación temporal hecha por el Estado es compatible con el artículo 62 de la Convención [...], la Corte admite la excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por El Salvador para que el Tribunal no conozca de aquellos hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior al 6 de junio de 1995 y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento de competencia. Por lo tanto, la Corte no se pronunciará sobre la supuesta desaparición forzada de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y, en consecuencia, sobre ninguno de los alegatos que sustentan violaciones relacionadas con dicha desaparición”. Sobre esta sentencia, véase el voto salvado del juez Cançado Trindade, especialmente § 21 y 22; también, críticamente, Popkin: “El caso de las hermanas Serrano Cruz...”, cit., pp. 44 ss., esp. 46 ss.

⁴⁰ Caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 112; también, en la misma sentencia, § 109; igualmente, caso *Tiu Tojín*, cit., § 84; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso de *Ticona Estrada y otros*, cit., § 108. En el caso *Goiburú*, cit., la CIDH da a entender que el artículo 17.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, del año 1992, agrega un elemento más, ligado al deber de investigación, al señalar que el delito de referencia debe ser considerado “permanente

En el párrafo anterior la Corte IDH erróneamente entiende que la desaparición forzada no constituye un delito que se consuma en el momento de la privación de libertad, aunque la propia consumación se extienda en el tiempo, sino que la referida privación sería solo el comienzo de ejecución del delito. Por lo tanto, según este criterio, una desaparición abortada después de la privación de libertad debería castigarse solo como tentativa. Más aún, de acuerdo con el párrafo transcrito, el delito terminaría cuando se conoce la suerte y el paradero de la víctima.⁴¹ Este párrafo parece devolvernos al problema planteado *supra*, relativo a la permanencia como elemento de este delito. Personalmente considero que la confusión en que incurre la Corte IDH parte de no concebir este crimen como un tipo de *tendencia interna trascendente*, en el sentido de que el autor persigue como fin que la víctima quede al margen del amparo legal de forma permanente, pero ello no tiene por qué lograrse para la consumación del tipo penal.

mientras su autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y *mientras no se hayan esclarecido los hechos*" (§ 83 [cursivas mías]; similar, caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, 27 de febrero de 2002, reparaciones y costas, § 92.b). Pareciera entonces, según el texto citado del caso *Goiburú*, que el delito sería considerado permanente no solo cuando la persona no haya aparecido, sino también cuando, aun habiendo aparecido, el caso no se hubiese esclarecido. Obviamente, esta última conclusión no puede ser acogida en el ámbito penal.

⁴¹ En su más reciente sentencia sobre desaparición forzada, afirma la Corte: "Por tratarse de un delito de *ejecución permanente*, es decir, *cuya consumación se prolonga en el tiempo*, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable (caso *Tiu Tojín*, cit., § 87 [cursivas mías]). Se nota claramente que la Corte sigue confundiendo la ejecución con la consumación del delito.

Bibliografía

- JESCHECK Y WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1996.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, 2003.
- MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho penal* (trad. de Rodríguez Muñoz), t. I, Madrid, 1946.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998.
- MODOLELL GONZÁLEZ, Juan: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, 2001.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, 2004.
- POPKIN, Margaret: “El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *ratione temporis*”, en *Revista CEJIL*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, n.º 1, 2005, pp. 41-50.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. I, Madrid, 1962.
- ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho* (trad. de Cuello y Serrano), Madrid y Barcelona, 2000.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo: “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en MARTÍN, RODRÍGUEZ Y GUEVARA (comps.): *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2004, pp. 281-309.

LA INAPLICABILIDAD DE NORMAS DE PRESCRIPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Pablo F. Parenti

RESUMEN. El presente trabajo analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha referido a la inaplicabilidad de normas de prescripción frente a conductas violatorias de los derechos humanos. Se sostiene que en la evolución de dicha jurisprudencia pueden identificarse tres momentos a partir del fallo *Barrios Altos*, que finalizan con las sentencias dictadas en los casos *Almonacid Arellano* y *Albán Cornejo*, en las que la inaplicabilidad de normas sobre prescripción se funda en la vigencia de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional. De este modo, al definir el alcance concreto de la obligación de investigar y sancionar penalmente graves violaciones de los derechos humanos, la Corte Interamericana recurre a la aplicación del derecho internacional general, es decir, a un sector del ordenamiento jurídico internacional que vincula a los estados más allá de todo vínculo convencional.

ABSTRACT. This study analyses the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights which refers to the inapplicability of statutes of limitations in cases of human rights violations. It holds the opinion that there have been three periods in jurisprudence, starting with the *Barrios Altos* decision and ending with the decisions in the *Almonacid Arellano* and *Albán Cornejo* cases, in which the non-applicability of statutes of limitations was based on the rule that statutory limitations do not apply to crimes against international law. Thus, when it defines the specific scope of the obligation to investigate and punish serious violations of human rights, the Court resorts to the application of general international law; that is, the part of the international legal system which binds the states beyond the terms of any international convention.

1 • Introducción

Si bien el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no contiene referencias expresas a la obligación de investigar y sancionar penalmente conductas que violen derechos consagrados en el tratado, ni establece limitaciones a la aplicación de normas sobre prescripción en tales casos, dichos extremos han sido afirmados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El deber de investigar y sancionar penalmente conductas violatorias de los derechos humanos fue enunciando ya en el primer caso contencioso en el que la Corte IDH emitió sentencia. En el caso *Velásquez Rodríguez* (1988), al interpretar el alcance del deber de garantizar los derechos consagrados en la CADH (artículo 1.1),¹ la Corte expresó:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. *Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [...]*²

El contenido concreto de esta obligación de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH fue desarrollándose en la jurisprudencia posterior. En este trabajo se pondrá la atención en aquellos casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la inadmisibilidad de la aplicación de normas de prescripción frente a conductas violatorias de los derechos humanos. En lo que sigue, se analizarán los principales hitos en la jurisprudencia de la Corte IDH referida a esta materia.

¹ El artículo 1.1 dispone: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

² Cf. *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, § 166-167. Véanse asimismo los casos *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, § 173; *Caballero Delgado y Santana*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, § 56; *El Amparo*, sentencia del 14 de septiembre de 1996, § 6 del voto del juez Cançado Trindade; *Loayza Tamayo*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, punto dispositivo 3, entre otros.

2 • La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1. La primera referencia: el *óbiter dictum* en el caso *Barrios Altos* (2001)

En el caso *Barrios Altos* la Corte IDH se pronunció por la incompatibilidad de dos leyes dictadas por la República del Perú que habían impedido la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos el 3 de noviembre de 1991 por miembros del ejército —integrantes de un escuadrón de eliminación conocido como Grupo Colina—, cuando atacaron con armas de fuego a un grupo de jóvenes reunidos en un inmueble del vecindario Barrios Altos de la ciudad de Lima. Como consecuencia, quince personas perdieron la vida y otras cuatro fueron lesionadas. Luego de que el Estado peruano reconociera su responsabilidad por los hechos y por la falta de investigación y juzgamiento, la Corte IDH dictó sentencia en la que se pronunció por la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la CADH. Expresó en uno de los párrafos centrales de la sentencia:

Esta Corte considera que 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.³

La necesidad de referirse a “disposiciones de prescripción” no estaba impuesta por las circunstancias del caso, dado que la falta de investigación de los hechos de *Barrios Altos* había estado determinada por ciertas maniobras de entorpecimiento de la labor judicial y centralmente por el dictado y la aplicación de dos leyes de amnistía. Por eso, un primer interrogante que plantea este fallo es el sentido de la inclusión de las disposiciones de

³ Caso *Barrios Altos* (*Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú*), 14 de marzo de 2001, § 41. En el § 44 la Corte agregó: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

prescripción entre aquellas consideradas incompatibles con la obligación de investigar y sancionar. Una explicación posible es que la Corte IDH pretendió dejar establecido que esta incompatibilidad se refiere a todo tipo de disposición dictada con el objeto de impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, incluidas, claro está, aquellas que pretendan impedir la persecución penal mediante la fijación de un plazo especialmente exiguo para la extinción de la acción penal, al estilo de la conocida Ley de Punto Final dictada en Argentina en 1986.⁴

Sin embargo, la redacción del párrafo citado deja lugar para interpretaciones más ambiciosas, como entender que la referencia a las disposiciones de prescripción se refiere no solo a leyes específicamente dictadas con el objeto de impedir o limitar el proceso penal, sino también a la imposibilidad de aplicar las normas ordinarias de prescripción en casos de “graves violaciones de los derechos humanos”. En todo caso, se trata de un párrafo ambiguo dictado en un momento en el que a escala nacional comenzaba a desarrollarse una tendencia a considerar imprescriptibles los crímenes cometidos por las dictaduras latinoamericanas. Al menos eso era lo que sucedía en la República Argentina, donde la jurisprudencia, a partir de 1998, venía declarando que los delitos perpetrados por la última dictadura (1976-1983) debían considerarse crímenes contra la humanidad con base en la costumbre internacional. Precisamente, parte de la jurisprudencia argentina posterior a *Barrios Altos* interpretó esta sentencia de la Corte IDH en el sentido de reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional.⁵ De este modo la CADH comenzó a ser citada como un fundamento normativo adicional para sostener que los delitos cometidos en el marco del plan sistemático de represión impulsado por la dictadura no estaban sujetos a prescripción.⁶

⁴ La Ley de Punto Final se asemejaba a una norma de prescripción en cuanto fijaba un plazo para la persecución (60 días), luego del cual se consideraba extinguida la acción penal.

⁵ Además, claro está, de ser el principal argumento para considerar inválidas las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, dictadas con el fin específico de limitar la posibilidad de juzgar penalmente a la mayor parte de los autores de los crímenes de la dictadura.

⁶ El análisis de la jurisprudencia argentina sobre esta materia fue realizado en el informe nacional contenido en el quinto libro del Grupo de Estudios; cf. Pablo F. Parenti: “Argentina”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 21-66.

2.2. El caso *Trujillo Oroza* (2002)

Esta sentencia sobre reparaciones tiene como antecedente la condena al Estado boliviano por la falta de investigación del secuestro, las torturas y la desaparición de José Carlos Trujillo Oroza a principios de la década de 1970.

Una cuestión discutida en esta sentencia sobre reparaciones se refiere a la posible prescripción de la acción penal, decidida por tribunales bolivianos, aunque revocada poco antes del pronunciamiento de la Corte. Según los demandantes, un aspecto que impedía un correcto tratamiento del caso por los tribunales bolivianos era la falta de tipificación en la legislación de Bolivia del delito de desaparición forzada de personas, imprescriptible según la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Al momento de la sentencia de la Corte IDH, el caso se encontraba abierto dado que el Tribunal Constitucional había anulado la declaración de prescripción por entender que la privación de la libertad es un delito permanente y, dado que la víctima no había recuperado su libertad, el plazo de prescripción no había empezado a correr.

Si bien la Corte tuvo en cuenta esta decisión del Tribunal Constitucional y afirmó que “constituye un aporte positivo”, no se privó de reiterar el párrafo 41 de *Barrios Altos*, que establece la inadmisibilidad de las disposiciones de prescripción que impidan la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.⁷

De este modo, la Corte IDH disipa cualquier duda acerca del alcance del *dictum* de *Barrios Altos*, dado que en *Trujillo Oroza* claramente lo emplea frente a la posible prescripción del caso por aplicación de las leyes generales que regulan la materia y no de normas especiales dictadas con el deliberado propósito de impedir el juzgamiento de graves violaciones de los derechos humanos.

2.3. El caso *Bulacio* (2003)

Las menciones que la Corte IDH hizo a la inadmisibilidad de las normas de prescripción en *Barrios Altos* y en las sentencias que reiteraron su doctrina estuvieron vinculadas con hechos que fueron caracterizados como *graves violaciones de los derechos humanos*. Esta expresión, cuyo alcance no llega a ser preciso y acerca del cual la Corte solo aporta una enumeración de ejemplos, razonablemente puede ser interpretada como referida a crímenes de derecho internacional, dado que estos, precisamente, se dirigen

⁷ Cf. caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, 27 de febrero de 2002, § 106.

a la criminalización de aquellas conductas consideradas más lesivas para los derechos humanos.

Una circunstancia que hace destacable la sentencia dictada por la Corte IDH en *Bulacio* es que se refiere a la investigación penal de hechos que, por las circunstancias de su comisión, no conformarían un crimen de derecho internacional. El caso plantea la falta de una investigación diligente por la administración de justicia argentina frente a la muerte de un joven (Walter Bulacio) que fue detenido por la policía junto a otras personas en las inmediaciones de un estadio donde iba a actuar una banda de rock y luego fue golpeado en la comisaría por agentes policiales. A la mañana siguiente fue llevado al hospital, donde falleció días después. Más allá de este hecho puntual, en el caso aparece tratada la práctica policial de las detenciones masivas y sin causas justificadas (conocidas como *razzias*), la omisión de dar cuenta de las detenciones a las autoridades judiciales —y a los padres en los casos de detención de menores de edad— y la existencia de una normativa insuficiente para proteger los derechos de las personas frente a esta actividad policial.

Como sucedió en *Barrios Altos*, en este caso también existió un allanamiento del Estado demandado, que reconoció su responsabilidad tanto por los hechos que afectaron a Bulacio como por la falta de una investigación satisfactoria de los estándares internacionales referidos al plazo razonable y a la provisión de recursos efectivos (artículos 8 y 25 de la CADH).

Al momento de la sentencia se encontraba a consideración de la Corte Suprema argentina el recurso presentado contra el sobreseimiento por prescripción dictado en favor del principal acusado.

La Corte IDH se pronunció sobre la posible prescripción de los delitos, no en la parte referida a las violaciones de la CADH, sino en el capítulo relativo a las *reparaciones* a cargo del Estado argentino. Allí manifestó:

En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno [...], este Tribunal ha señalado 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 de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.⁸

⁸ Caso *Bulacio contra Argentina*, 18 de septiembre de 2003, § 106.

En este párrafo la Corte no se refiere ya a *graves* violaciones de los derechos humanos (*Barrios Altos*), sino lisa y llanamente a las *violaciones de derechos humanos*. Es muy probable que la eliminación del adjetivo calificativo *graves* haya estado motivada en la circunstancia de que los hechos del caso no parecían encuadrar en la tipología de los crímenes de derecho internacional, a diferencia de los casos anteriormente considerados por la Corte. Más allá de esta especulación, el fallo dictado en el caso *Bulacio* abre interrogantes acerca de los límites a la prescripción fundados en la CADH.

El principal interrogante que instala la sentencia del caso *Bulacio* es si todo delito que pueda considerarse violatorio de un derecho humano reconocido por la CADH debe, por ello, ser excluido del régimen general de prescripción que prevea el derecho interno. Si esta fuera la interpretación de la sentencia, indudablemente el ámbito de la imprescriptibilidad alcanzaría una dimensión mucho más holgada que la establecida por el derecho penal internacional y por otros tratados distintos de la CADH.

La sentencia, sin embargo, presenta ciertos pasajes que permiten dudar de esta interpretación. En particular, existen menciones específicas a la actuación de la defensa en el proceso que no parecen estar desvinculadas de las referencias a la inadmisibilidad de la prescripción en el caso concreto. En efecto, en los párrafos inmediatamente anteriores a los dedicados a la prescripción puede leerse:

La Corte observa que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa del pedido fiscal de 15 años de prisión contra el Comisario Espósito, la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal.

Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables.⁹

Si bien se señala la responsabilidad de los tribunales argentinos, cabe preguntarse si la advertencia sobre la inadmisibilidad de la prescripción que efectúa la Corte no se debe, al menos en parte, a la afirmada responsabilidad de la defensa en las demoras

⁹ *Ibidem*, § 113 y 114.

procesales. Si esto fuera así, resultaría que la Corte estaría negando la prescripción al acusado que hubiese efectuado durante el proceso actos tendientes a demorar su avance: una especie de castigo por las dilaciones procesales.¹⁰

Unos párrafos más abajo la cuestión de la prescripción aparece vinculada ya no a la obligación genérica de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos (artículo 1.1 de la CADH), sino al *deber de cumplir las sentencias* de la Corte IDH:

De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes.¹¹

Aquí la Corte IDH hace hincapié en el valor de sus sentencias frente al derecho estatal. Este aspecto parece haber sido decisivo para el pronunciamiento que dictó tiempo después la Corte Suprema argentina, tribunal que, si bien dejó plasmado su desacuerdo con lo resuelto por la Corte IDH en *Bulacio*, consideró que debía acatar esa sentencia y, en consecuencia, revocar la decisión que había declarado la prescripción de la acción penal respecto del comisario Miguel Ángel Espósito, principal acusado en el caso.

Que según se desprende de la sentencia internacional citada, la declaración de la prescripción de la acción penal en estos actuados representaría una violación a los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] Que, en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al “sub lite” las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento

¹⁰ Sobre esto, véanse más adelante las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema argentina al tratar este caso y la sentencia de la propia Corte Interamericana en el caso *Albán Cornejo* (2007).

¹¹ Cf. § 117, sin destacar en el original.

jurídico en materia de imprescriptibilidad (“Convención sobre desaparición forzada de personas” —ley 24.556, art. VII— y “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” —ley 24.584—) [...].

Que [...] corresponde dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado. En efecto, [...] son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa solo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. En todo caso, cuando el defensor la ejerza indebidamente, es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, pero en cualquier caso, no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos.¹²

La Corte Suprema argentina también criticó la ponderación efectuada por la Corte IDH entre los derechos del acusado y el derecho de las víctimas a la protección judicial y también señaló la circunstancia de que la sentencia de la Corte IDH se basaba en hechos reconocidos por el Estado argentino mediante un procedimiento en el que el acusado no tuvo posibilidad alguna de discutirlos.¹³

¹² Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Espósito, Miguel Ángel*, 23 de diciembre de 2004, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, § 7, 10 y 12.

¹³ En el voto citado en la nota anterior se dice lo siguiente: “Que con referencia a la conducta procesal del imputado, este tribunal ha afirmado [...] que ella es irrelevante para interrumpir la prescripción, y que no obsta a la extinción de la acción penal y al reconocimiento de su derecho a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas [...] Que, en cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable —íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho [...]—, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional. Que a ello se suma, en el caso, que la restricción de los derechos del imputado que deriva de la inoponibilidad de la prescripción es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos. Por otro lado, la fijación de las circunstancias de hecho de las que deriva la declaración de responsabilidad se produjo por medio de un procedimiento formal —consecuencia del reconocimiento de su responsabilidad internacional por parte del Estado— desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal (cf. la decisión de la Corte Interamericana de omitir la consideración de los peritajes presentados por el Estado argentino que se dirigían a desvirtuar los hechos de fondo, § 59). Que,

La sentencia de la Corte IDH en *Bulacio* plantea diversos aspectos problemáticos —como los señalados por la Corte argentina— y, en cuanto al alcance de la prohibición de la prescripción, deja el interrogante de si: a) esta rige respecto de toda conducta delictiva que implique la violación de *un* derecho reconocido en la CADH —aun cuando no se trate de una de las llamadas *graves violaciones de los derechos humanos*—, o bien b) la prescripción no opera frente a *graves* violaciones de los derechos humanos (estándar *Barrios Altos*), sin perjuicio de que, en cualquier caso, frente a supuestos de notorias dilaciones procesales causadas por la defensa, la Corte IDH pueda obligar al Estado a llevar a cabo un proceso penal sin posibilidad de que sea interrumpido por la aplicación de normas sobre prescripción.

Como se verá más abajo, la jurisprudencia posterior de la Corte IDH parece haber acotado el ámbito de la prohibición de prescripción que surge de la sentencia dictada en el caso *Bulacio* en cualquiera de las dos variantes de interpretación señaladas en el párrafo anterior.

2.4. El caso *Almonacid Arellano* (2007)

Si bien el objeto central de esta sentencia es el análisis de la aplicación por el Estado chileno de una norma de amnistía sancionada por la dictadura de Pinochet, la Corte IDH, en el capítulo referido a las reparaciones, nuevamente aborda la cuestión de la prescripción frente a graves violaciones a los derechos humanos. Puede decirse que un aspecto que hace destacable este fallo es el intento por fundar la prohibición de las amnistías y de la prescripción sobre la base del derecho internacional general.

La Corte analiza en primer término si la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano es o no un crimen de lesa humanidad. Luego de un repaso de los antecedentes más conocidos relativos a esta categoría de delitos, concluye:

[...] hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población

en consecuencia, se plantea la paradoja de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional” (cf. § 13-16).

civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.¹⁴

Teniendo en cuenta los hechos del caso, la Corte considera que esa categoría de delitos es aplicable respecto del homicidio de Almonacid Arellano.¹⁵ A partir de allí la Corte IDH intenta demostrar que para el derecho internacional los crímenes de lesa humanidad no son amnistiables. Si bien se cita lo afirmado años antes en *Barrios Altos*, se agrega aquí una línea de argumentación fuertemente apoyada en el derecho internacional que había estado ausente al fundar aquel fallo.

Lo mismo sucede cuando la Corte IDH precisa el alcance del deber de investigar y juzgar penalmente el caso de Almonacid Arellano. Si para fundar la imposibilidad de aplicar normas de prescripción la Corte podía limitarse a citar su jurisprudencia anterior (*Barrios Altos*, etcétera), en esta sentencia recurre al derecho internacional general:

El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley n.º 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

¹⁴ Cf. *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, 26 de septiembre de 2006, § 99.

¹⁵ En palabras de la Corte: “En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad” (§ 104).

Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.¹⁶

Es interesante el paso que da la Corte IDH dado que, a diferencia de otros casos en los que simplemente afirma que el Estado no puede aplicar normas de prescripción, aquí brinda argumentos que intentan justificar esa conclusión en normas más específicas que el artículo 1.1 de la CADH. En otras palabras, la justificación en normas de derecho internacional con validez universal de una restricción para los estados que no surge expresamente de la CADH (la de aplicar normas de prescripción) parece un método apropiado para legitimar esa interpretación. Si la Corte entiende razonablemente que existe una obligación de juzgar y penar *graves violaciones a los derechos humanos* (cuyo contenido coincide sustancialmente con el objeto de los crímenes de derecho internacional), parece razonable que para determinar el alcance concreto de esa obligación se observen los parámetros que rigen internacionalmente. En este sentido, no hay nada de criticable en el hecho de que la Corte interprete que la obligación de investigar, juzgar y sancionar debe entenderse como una obligación *conforme al derecho internacional con validez universal*.¹⁷

Una cuestión diversa es si el tratamiento que la Corte IDH realiza de las normas de derecho internacional general es correcto y está debidamente fundado. En el caso concreto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la Corte demuestra cierta imprecisión al referirse a las categorías propias del derecho internacional —por ejemplo, al utilizar como sinónimos *derecho internacional general* y *normas ius cogens*— y no aporta mayores argumentos que los que pueden encontrarse en numerosas sentencias de los tribunales de los países de la región. En particular, sería esperable que un tribunal

¹⁶ *Almonacid Arellano*, 26 de septiembre de 2006, § 151-153. En el mismo sentido, la Corte se pronunció en el caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, § 225-226.

¹⁷ Esto no significa reconocer que la Corte Interamericana tiene competencia para juzgar si un Estado ha violado el derecho internacional general, incluyendo las normas con valor de *ius cogens*. La competencia de la Corte se limita a las posibles violaciones de la CADH o de otros tratados que le confieran competencia (cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia del 4 de febrero de 2000, excepciones preliminares, punto IX). Ello no impide que la Corte, en su labor de interpretación, recurra al derecho internacional para determinar el contenido concreto de una disposición de la CADH o de un tratado que le confiera competencia; por ejemplo, que para determinar el alcance del derecho a “no ser privado de la vida arbitrariamente” se recurra, en caso de un conflicto armado, a lo que dispone el derecho internacional humanitario (ejemplo mencionado por el juez Cançado Trindade en su voto razonado en el citado caso *Las Palmeras*).

internacional fundara de manera más convincente conclusiones tales como la del valor de la regla de la imprescriptibilidad dentro del derecho internacional, o el aspecto temporal de su aplicación y su relación con la prohibición de retroactividad.

Es lógico pensar que, en la práctica, el recurso a normas internacionales para interpretar el alcance de las normas de la CADH debería incentivar la aplicación de esas normas internacionales en el ámbito interno de los estados parte de la Convención. Ello puede constatarse efectivamente en el caso de las normas referidas a los crímenes de derecho internacional, cuya aplicación en el ámbito americano se ha visto reforzada por el hecho de integrar el contenido de las obligaciones que surgen de la CADH según la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.5. El caso *Albán Cornejo* (2007)

En noviembre de 2007 la Corte IDH dictó una sentencia que acota los límites de la imprescriptibilidad y que puede ser leída como un correctivo de la doctrina que emana del fallo *Bulacio*.

Los hechos del caso plantean un supuesto claramente alejado de conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional o que pueden considerarse dentro del relativamente incierto concepto de *graves violaciones de los derechos humanos*.¹⁸ En efecto, la demanda se basa en la responsabilidad del Estado por la falta de una investigación diligente de la muerte de Laura Albán en un caso de mala praxis médica en un hospital privado de la ciudad de Quito. Al momento de la sentencia de la Corte IDH, los dos médicos acusados habían sido sobreseídos por prescripción, aunque la decisión respecto de uno de ellos se encontraba recurrida ante la Corte Superior de Justicia de Quito.

El Estado ecuatoriano había reconocido la responsabilidad por la falta de impulso del proceso, en particular por la falta de una oportuna investigación del paradero de uno de los acusados y de la realización de los trámites tendientes a lograr la extradición. Pese a que la declaración de prescripción respecto de esta persona no estaba firme, la Corte IDH consideró pertinente analizar la figura de la prescripción a la luz de los hechos del caso:

La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir

¹⁸ Esto es mucho más claro en este caso que en *Bulacio*, donde se trataba de una detención arbitraria de un joven ocurrida en el contexto de una *razzia* policial y de una *golpiza* en la comisaría que derivó en su muerte.

la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibile e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. En el presente caso *no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales*.¹⁹

Con este párrafo la Corte IDH parece confirmar la tendencia exhibida en sus últimas sentencias, en las que la prohibición de aplicar normas de prescripción —a efectos de observar la obligación de investigar, juzgar y sancionar que emana de la CADH— aparece fundada en normas de derecho penal internacional.

Cabe preguntarse si esta interpretación de la prohibición de la prescripción en caso de violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH echa por tierra la doctrina que surge de la sentencia en el caso *Bulacio* o si, en cambio, se trata de interpretaciones complementarias.

Vale recordar que en *Bulacio* la Corte IDH no desconoce que los hechos del caso no plantean un supuesto de *graves* violaciones de los derechos humanos. De hecho, en la sentencia se reitera el párrafo 41 de *Barrios Altos*, pero se hace referencia a “violaciones de los derechos humanos”. Con esto, parecía consagrarse la imposibilidad de declarar la prescripción frente a cualquier supuesto de violación de un derecho humano reconocido en la CADH. Esta interpretación de la prohibición de la prescripción resulta mucho más amplia que la sostenida por la Corte en *Albán Cornejo*, donde se la circunscribe a supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales —distintos, claro está, de la CADH—. De este modo, *Albán Cornejo* habría puesto un límite a la doctrina del caso *Bulacio*.

Como se ha dicho al analizar ese caso, *Bulacio* plantea otra línea posible de interpretación basada en la corresponsabilidad del imputado (o de su defensa) en la demora del proceso. En efecto, en dicha sentencia la Corte IDH insinúa (pues no lo afirma ni lo niega con claridad) que la imposibilidad de declarar la prescripción se funda en que el proceso no había podido avanzar con celeridad debido a las reiteradas articulaciones

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, 22 de noviembre de 2007, § 111 (cursivas añadidas). Véase también el caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, 5 de agosto de 2008, interpretación de sentencia de fondo, reparaciones y costas, punto V, donde se rechaza la demanda de los representantes de las víctimas dirigida a que la Corte establezca que Ecuador no podría alegar un futuro incumplimiento del deber de investigar y sancionar con base en que ha operado el término de la prescripción extintiva de la acción penal.

procesales de la defensa, que habían llevado a que se planteara la prescripción de la acción penal. En *Albán Cornejo* la Corte nuevamente se refiere al papel del imputado dentro del proceso, pero aquí parece desligarlo de cualquier responsabilidad por su falta de avance. Expresa:

Por otra parte, el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un proceso penal que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley.²⁰

Este párrafo parece dirigido a cerrar el camino abierto en *Bulacio* y que mereció las críticas de la Corte Suprema argentina.

Sin pretender negar esta interpretación, solo cabe mencionar que existe una diferencia entre los hechos de ambos casos que *podría* ser relevante al comparar las sentencias: en *Bulacio* la Corte señala la conducta activa de la defensa en pos de la demora del proceso; en *Albán Cornejo* el acusado se hallaba prófugo y no tenía intervención procesal. Si bien la mejor interpretación posible de este último fallo es entenderlo como una negación de la senda abierta (o insinuada) en *Bulacio*, no es posible ser totalmente concluyente acerca de que en ningún supuesto la conducta procesal del imputado puede llevar a la Corte a ordenarle a un Estado que lleve a cabo una investigación penal sin posibilidad de aplicar normas sobre prescripción.²¹

Las reflexiones del juez García Ramírez en su voto concurrente también indicarían que en *Albán Cornejo* la Corte IDH pretende aclarar el alcance de la imprescriptibilidad y acotarlo a supuestos excepcionales, referidos a “las más graves violaciones de los derechos humanos”. En su voto, García Ramírez señala la influencia de la jurisprudencia de los tribunales nacionales en la elaboración de criterios jurídicos en materia de protección de los derechos humanos y, en especial, menciona la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, tribunal que expresamente criticó lo decidido por la Corte IDH en *Bulacio*.²² En este sentido, la sentencia dictada en el caso *Albán Cornejo* parece hacerse

²⁰ *Albán Cornejo*, 22 de noviembre de 2007, § 119.

²¹ Aunque la diferencia entre los hechos de ambos casos podría no ser relevante si se tiene en cuenta que la fuga del imputado también puede ser entendida como una conducta que obstruye el avance del proceso cuando este requiera indefectiblemente su presencia.

²² Sin mencionar expresamente el fallo dictado por la Corte Suprema argentina en el caso *Espósito (Bulacio)*, García Ramírez afirma: “Hay un punto de la sentencia sobre el que conviene llamar la atención. Me refiero a la prescripción de la acción penal para perseguir cierto hecho que implica responsabilidad penal médica (en rigor,

cargo de las críticas de la Corte argentina y bien puede ser leída como una vuelta atrás de la Corte IDH, como un correctivo respecto de lo decidido en *Bulacio*. García Ramírez, sin embargo, no reconoce un cambio de postura de la Corte IDH en *Albán Cornejo* y simplemente afirma:

En mi concepto, la Corte Interamericana avanza en la precisión de su jurisprudencia sobre la materia. No modifica su criterio. Lo precisa o perfila mejor, alentada por una preocupación que recibe de la jurisprudencia interna.

Si bien la afirmación de que no existe un cambio de postura puede dejar instalada alguna duda acerca de cuál es en definitiva el criterio de la Corte IDH, la línea argumental de *Albán Cornejo* es auspiciosa en tanto parece acotar la imprescriptibilidad a los límites propios del derecho penal internacional o de instrumentos de protección de los derechos humanos que establezcan expresamente la inaplicabilidad de normas de prescripción frente a ciertas conductas graves.

3. Conclusión

Es posible reconocer tres momentos principales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que se ha referido a la imposibilidad de aplicar normas de prescripción de la acción penal frente a hechos violatorios de derechos humanos reconocidos en la CADH.

El momento inicial surge a partir del fallo *Barrios Altos*, donde la Corte IDH enuncia, sin aportar mayores fundamentos, la incompatibilidad con la CADH de las disposiciones de prescripción que impidan la investigación y la sanción de los responsables de las *violaciones graves de los derechos humanos*. El contenido concreto de esta

prescripción de la pretensión punitiva). Al reflexionar sobre esta materia es preciso traer a cuentas lo que la prescripción significa en el espacio de las defensas del inculpado, y por lo tanto de sus derechos sustantivos y/o procesales, y las reflexiones que a este respecto ha adelantado, de manera sugerente y constructiva, la meditación jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina. La armonización del ordenamiento continental sobre derechos humanos, en defensa de estos, debiera ser el fruto de un diálogo con signo tutelar hacia el que fluyan las aportaciones de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción nacional. La construcción del *corpus juris* y sus aplicaciones es el producto del pensamiento colectivo, expresión, a su vez, de convicciones, valores, principios y trabajos compartidos. Todos concurren a definir y consolidar las definiciones de la cultura común en materia de derechos humanos. De ahí que sean altamente bienvenidas, por parte de un tribunal internacional, las reflexiones de un tribunal interno" (cf. § 25 y 26 de su voto).

expresión y sus límites no fueron fijados por la Corte, que se conformó con una ejemplificación de conductas:

[...] 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.²³

Un segundo momento está marcado por el fallo *Bulacio*, en el que la Corte IDH parece ampliar la inadmisibilidad de normas de prescripción a todo caso en que el delito cuya investigación se reclama al Estado haya implicado la violación de algún derecho humano. Asimismo, ciertas consideraciones de la Corte en esa sentencia insinúan la posibilidad de que la prescripción pueda ser dejada de lado frente a supuestos en que la defensa del acusado haya demorado el proceso mediante articulaciones interpuestas con esa finalidad.

El tercer momento surge a partir del fallo *Almonacid Arellano* y se consolida en *Albán Cornejo*. En esas sentencias la Corte IDH funda la imposibilidad de aplicar normas de prescripción recurriendo a la vigencia de la regla de la imprescriptibilidad en el derecho internacional general. Más allá de ciertas críticas que podrían formularse al tratamiento de esta cuestión por la Corte, debe reconocerse que el recurso al derecho internacional general para fundar una restricción al ámbito de libertad de los estados para aplicar normas (de prescripción en este caso) en su ámbito interno parece un procedimiento admisible para una corte internacional. Si existe una obligación de investigar y sancionar penalmente graves violaciones de los derechos humanos, es lógico que la Corte, al determinar el contenido concreto de esa obligación, recoja lo que disponen al respecto las normas de derecho internacional general.²⁴ Si bien pueden plantearse discrepancias en cuanto al momento en que la regla de la imprescriptibilidad se consolida como norma de derecho internacional general (cuestión que podría ser relevante frente a muchos de los casos tratados por la Corte IDH), no hay duda de que actualmente goza del reconocimiento universal.²⁵ No parece entonces cuestionable que la Corte exija a los

²³ Cf. § 41 de la sentencia dictada en *Barrios Altos*.

²⁴ Con mayor razón si han alcanzado el rango de normas *ius cogens*, dado que estas no admiten acuerdo en contrario, ni pueden ser dejadas de lado por el hecho de que el Estado se haya opuesto sistemáticamente a la formación de la norma ("objeto persistente") como sucede, en cambio, con la costumbre internacional.

²⁵ Actualmente más de 125 países han ratificado al menos uno de los tratados que consagran la regla de la imprescriptibilidad si se tienen en cuenta las convenciones sobre imprescriptibilidad de 1968 y de 1974 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A ello debe agregarse que un gran número de países ya ha

estados la no aplicación de normas de prescripción frente a supuestos de crímenes de derecho internacional alcanzados por la regla de imprescriptibilidad. Lo mismo puede decirse en relación con tratados vinculantes para los estados de la región que también prevean restricciones a la prescripción.

Las últimas sentencias de la Corte IDH dejan poco espacio para un regreso a la tesis amplia sostenida en *Bulacio* también en lo que se refiere a la posible restricción de la aplicación de normas de prescripción basada en la conducta procesal del acusado o de su defensa técnica.

De este modo, el final del recorrido sitúa a la jurisprudencia de la Corte IDH en su punto más aceptable. Sin embargo, se trata de una jurisprudencia relativamente reciente y no puede considerarse ya consolidada. Habrá que ver, entonces, si esta línea jurisprudencial se mantiene invariable en los próximos años o si, en cambio, la Corte asume otros supuestos de inadmisibilidad de normas de prescripción.

incorporado esa regla a su legislación nacional y muchos están en ese proceso, especialmente con motivo de la implementación del Estatuto de Roma en los diversos Estados partes.

LA MÚLTIPLE FACETA DE LA TORTURA Y LOS OTROS TRATOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Elizabeth Santalla Vargas

RESUMEN. La influencia recíproca entre las áreas relevantes del derecho internacional presenta en el caso de la tortura y los otros tratos importantes fisuras que devienen, en parte, de la diversidad de las nociones de tortura y del alcance de su prohibición en distintos ámbitos. No obstante la disparidad de estándares, en particular en lo concerniente a la distinción entre tortura y otros tratos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de tortura ha sido particularmente innovadora respecto a privaciones de libertad, desaparición forzada de personas, amenazas de tortura y ejecuciones extrajudiciales. En el ámbito de la responsabilidad penal individual por tortura, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc ha contribuido a expandirla respecto de agentes no estatales, si bien mantiene el elemento de finalidad o propósito. En el marco del ECPI, aunque el crimen de tortura alcanza también a agentes no estatales tanto en carácter de crimen de lesa humanidad como de crimen de guerra, solo en el último caso mantiene el elemento de la finalidad o propósito, cuya coherencia resulta cuestionable. La emergente jurisprudencia de la CPI a tiempo de la confirmación de los cargos presenta aspectos de interés en cuanto a la interpretación del crimen de tortura y de los otros tratos en su formulación actual.

ABSTRACT. In cases of torture and similar forms of treatment, the reciprocal influence between the relevant fields of international law is hampered by the varying concepts of torture and the degree to which it is forbidden in different settings. Despite differing standards, particularly with respect to the definition of torture and other forms of treatment, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on torture has been particularly innovative with regard to deprivation of freedom, the enforced disappearance of persons, the threat of torture and extrajudicial execution. In the field of individual criminal liability for torture, the jurisprudence of

the ad hoc international criminal tribunals has expanded it to non-state agents, although the element of prohibited purpose is maintained. Within the framework of the Rome Statute, although the crime of torture also includes non-state agents, as a crime against humanity or a war crime, the element of purpose is only required in the latter case, which is of questionable consistency. The emerging jurisprudence of the ICC in its decisions on confirmation of charges is particularly interesting with regard to its interpretation of the crime of torture and other forms of treatment according to their current wording.

El caso de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (de aquí en adelante: *otros tratos*) es emblemático respecto de las convergencias y divergencias subyacentes en las relaciones entre los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. La reconocida influencia recíproca entre dichas áreas del derecho internacional presenta en el caso de la tortura y los otros tratos importantes fisuras que devienen, en parte, de la diversidad de las nociones de tortura y del alcance de su prohibición en los ámbitos en cuestión. Dicha variedad de nociones podría tener un impacto en la prohibición categórica en el derecho internacional¹ de la tortura y de los otros tratos —reputada como una norma de *jus cogens* por quienes sostienen dicha doctrina,² entre ellos la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹ A. Cullen: "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights", en *California Western International Law Journal*, n.º 34, 2003, pp. 30-31, citando la sentencia del TPIY en *Furundžija*, Sala de Primera Instancia (IT-95-17/I-T), de 10 de diciembre de 1998, § 144 y 153, que de manera inicial estableció el carácter de *jus cogens* de la prohibición de tortura. Para una de las primeras críticas de la categoría de *jus cogens*, véase A. D'Amato, "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens" (1990), *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n.º 1, pp. 1-6.

² Por ejemplo, en los casos *Tibi contra Ecuador*, cit., § 143; *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, § 92; *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia del 29 de abril de 2004, voto razonado del juez Cançado Trindade, § 29; *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, § 112. Cabe notar que la referencia al *jus cogens* se efectúa en estos casos solo en relación con la tortura, mas no a los otros tratos. Al respecto, Galdámez Zelada apunta que no existe aún consenso en la doctrina acerca de la pertenencia de los otros tratos a la categoría de *jus cogens* (Liliana Galdámez Zelada: "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 4[2] *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 691). Sin embargo, en *Caesar contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, § 100, la Corte Interamericana estableció el carácter de *jus cogens* también respecto de los otros tratos.

(de aquí en adelante: Corte IDH),³ pero probablemente de mayor importancia por la protección de la dignidad humana, que constituye su razón de ser—,⁴ a tiempo de su aplicación práctica.

El presente análisis parte del alcance de la prohibición que emana del derecho convencional y jurisprudencial en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, centrándose en una muestra selectiva de distintas sentencias de la Corte IDH⁵ que a juicio de la autora resultan relevantes para el objeto de estudio, por un lado y, por otro, considerando someramente el abordaje en el marco de los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Posteriormente analiza el desarrollo convencional en el Estatuto de Roma (ECPI) y el emergente desarrollo jurisprudencial de la Corte Penal Internacional (CPI).

1 • La metamorfosis del concepto y la prohibición de tortura en el derecho convencional

La definición y prohibición de la tortura (del latín *torquere*, ‘ejercer torsión’) y otros tratos prohibidos en el ámbito de los derechos humanos se acuñó inicialmente en el *soft law*. En efecto, ya la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 plasmó la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en su artículo 5. Por su parte, la definición que plantea la Convención de la ONU Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CT-ONU), de 1984,⁶ piedra angular del derecho convencional de los derechos humanos,

³ K. Ambos: “May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 6, 2008, pp. 268-269.

⁴ “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, 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, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452, del 9 de diciembre de 1975.

⁶ Mientras que la Declaración excluyó de la prohibición los sufrimientos inherentes a la imposición de una pena privativa de libertad, la Convención plasmó una fórmula más amplia al referirse a sanciones legítimas en general.

se formuló sobre la base de la definición incluida en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,⁷ que consideró la tortura contraria a los propósitos de la Carta de la ONU (artículo 2). Con sutiles diferencias, en particular en lo que concierne al alcance de las penas prohibidas en la definición,⁸ la CT-ONU confinó la prohibición respecto de los funcionarios públicos (u otra persona en el ejercicio de funciones públicas) y de los móviles de su comisión, esto es, la obtención de información o confesión, el castigo por un hecho cometido o supuestamente cometido, la intimidación o coacción, o en razón de cualquier tipo de discriminación.⁹ Dicha caracterización de la tortura, en particular el requerimiento de móviles y de un sujeto activo calificado, devino de la edad media, cuando los fiscales torturaban a los sospechosos y testigos a fin de obtener confesiones y testimonios, incluso de manera autorizada por la propia legislación.¹⁰ En ese contexto, la tortura constituía una forma de asegurar la prueba en los sistemas inquisitivos, lo que habría dado lugar a tratar de manera aislada la prohibición de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Posteriormente, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), de 1985, amplió la definición omitiendo la referencia específica a la gravedad del daño, considerando la posibilidad de cualquier móvil e incluyendo los “[...] métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (artículo 2). Asimismo, el sujeto activo del delito de tortura —nótese que la CIPST hace referencia explícita al carácter delictivo de la prohibición— queda ampliado a cualquier persona siempre que actúe por instigación de un funcionario o empleado público (artículo 3). De esta manera, la CIPST amplía tímidamente el alcance de la prohibición de tortura respecto de cualquier individuo siempre y cuando este actúe en relación con un funcionario público e incorpora que las órdenes superiores no constituyen eximente de responsabilidad penal —entre otros aspectos de carácter penal, como las bases jurisdiccionales—. Así, puede considerarse que la CIPST es un claro ejemplo de un instrumento de derechos humanos con directa influencia del derecho penal internacional.

⁷ Las causales de discriminación son añadidas con relación a la definición de la Declaración.

⁸ Al respecto, C. Burchard: “Torture in the Jurisprudence of the *Ad hoc* Tribunals. A Critical Assessment”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 160.

⁹ Cabe apuntar que la prohibición de tortura es ciertamente contraria al principio de trato humano a los prisioneros de guerra y a los civiles, ya recogida en la Convención de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907.

¹⁰ Convenio I, artículo 12.

Pero, curiosamente, la prohibición de tortura en el derecho convencional se plasmó inicialmente en el derecho internacional humanitario —derecho considerado de excepción aplicable respecto de los conflictos armados, a diferencia de los derechos humanos, aplicables en todo momento y circunstancia—. En efecto, en el derecho convencional contemporáneo¹¹ la tortura quedó prohibida por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 respecto de las personas protegidas por estos: combatientes heridos y enfermos en terreno;¹² combatientes heridos, enfermos y náufragos en el mar;¹³ prisioneros de guerra¹⁴ y civiles en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la que no son nacionales.¹⁵ Adicionalmente, el Protocolo adicional I (1977) refrendó la prohibición en el ámbito del conflicto armado internacional (artículo 75). Sin embargo, la amplia prohibición de la tortura en el derecho internacional humanitario convencional —que alcanza también de manera expresa el ámbito del conflicto armado no internacional con relación a quienes no participan directamente en las hostilidades (incluidos los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas o aquellos puestos fuera de combate [*hors de combat*] por heridas, enfermedad, detención u otra causa)—¹⁶ no se formuló a la par de una definición del concepto de tortura,¹⁷ el cual empezaría a perfilarse posteriormente, a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos convencional.

Es así que no resulta sorprendente que el crucial proceso de criminalización de la tortura como una infracción grave a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y una violación grave (en el ámbito del conflicto armado no internacional) implicara dificultades particulares para dicho proceso respecto de otras violaciones al derecho internacional humanitario, aspecto que se aborda colateralmente más adelante.

¹¹ Convenio II, artículo 12.

¹² Convenio III, artículos 13-14.

¹³ Convenio IV, artículos 27, 32.

¹⁴ Véase el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II, artículo 4.

¹⁵ Al respecto, R. Lord: "The Liability of Non-State Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", 4(1) *Melbourne Journal of International Law*, 2003.

¹⁶ Para una síntesis general de la jurisprudencia saliente de la Corte Interamericana, véase O. Huertas Díaz et al. (comps.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia e Ibáñez, 2005.

¹⁷ J. Lantrip: "Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", 5(55) *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1999, pp. 554-555.

2. Responsabilidad internacional por violaciones a la prohibición de tortura y otros tratos en el marco del sistema interamericano

No obstante la diversidad que presenta el régimen general de prohibición de la tortura en el derecho internacional, puede considerarse que los estados latinoamericanos parte de las mencionadas convenciones sobre la materia asumen principalmente las obligaciones convencionales de prohibición, sanción y prevención de la comisión de tortura y otros tratos. Este amplio espectro de obligaciones genera, *vis-à-vis* el bagaje conceptual que presenta la tortura en las distintas áreas del derecho internacional, problemáticas particulares al momento de criminalizarla, aspecto que, no obstante, cae fuera del alcance de este informe.

Lo que interesa aquí es resaltar los aspectos salientes de la jurisprudencia¹⁸ de la Corte IDH en los casos emblemáticos que ameritaron la determinación de responsabilidad del Estado por casos de tortura y otros tratos en lo que concierne a la interpretación del artículo 5¹⁹ de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de 1969, que en su segundo numeral recoge la prohibición de sometimiento a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como parte del derecho a la integridad personal que, de manera global, abarca la integridad física, psíquica y moral (párrafo 1). Al interpretar ambos componentes del artículo 5 en correlación, el espectro de protección resulta bastante amplio y puede abarcar cualquier forma de tortura.²⁰ En general, en los casos de tortura y de los otros tratos, la Corte IDH no solo ha determinado la violación al artículo 5.2 de la CADH, sino también al derecho a la integridad física y moral,²¹ asumiendo una perspectiva más global desde el espectro del bien jurídicamente tutelado en la CADH.

Como apunta Canosa Usera, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de tortura sigue en gran parte la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y ha sido particularmente innovadora en materia de privaciones de libertad y de desaparición forzada de personas.²² Adicionalmente, las determinaciones en los casos

¹⁸ R. Canosa Usera: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006, p. 25.

¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

²⁰ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, § 187.

²¹ Corte IDH, *Godínez Cruz contra Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, § 164.

²² Lantrip: o. cit (nota 20), p. 556.

que entrañaban amenazas de tortura y los relacionados con ejecuciones extrajudiciales resultan también notorios en la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.1. Desaparición forzada de personas

En la etapa inicial de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre casos de desaparición forzada de personas, la interpretación del artículo 5 dio lugar a determinar una *presunta violación* a partir de la constatación del hecho de la desaparición, incluso sin ninguna evidencia directa de violación a la integridad física, bajo el racional de los efectos psicológicos y morales que emanan de la incomunicación y de aislamientos prolongados, tratos que resultan inherentes al caso de desaparición forzada de personas. El primer caso adjudicado por la Corte IDH sobre desapariciones forzadas, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, fue elocuente al respecto:

La desaparición de Manfredo Velásquez es violatoria del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención. En primer lugar porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad, en contradicción con los párrafos 1 y 2 del citado artículo.²³

Así también, en *Godínez-Cruz* la Corte IDH, siguiendo el mismo racional, determinó la existencia de una violación a la integridad psíquica y moral. Adicionalmente, estableció que en los casos de desaparición forzada de personas es común que las víctimas que recuperan su libertad sean sometidas a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo que constituye también una violación al derecho a la integridad física.²⁴

Sin embargo, como apunta Lantrip,²⁵ en otros casos posteriores de desaparición forzada la Corte IDH no determinó la existencia de trato cruel, inhumano y degradante,²⁶ con lo que se apartó de la formulación inicial del *test* de presunción de violación del

²³ Véase por ejemplo, Corte IDH, *Caballero-Delgado y Santana contra Colombia*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, donde la Corte IDH no consideró la existencia de violación al artículo 5 al no haberse probado que el desaparecido hubiera sido sometido a torturas u otros tratos, determinando sin embargo la violación al derecho a la vida. Así también, *Castillo Paez contra Perú*, sentencia del 3 de noviembre de 1997.

²⁴ Corte IDH, *Paniagua Morales contra Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998.

²⁵ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 557.

²⁶ Corte IDH, *Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, § 100.

artículo 5 en casos que entrañan aislamiento prolongado e incomunicación.²⁷ Es más, la existencia comprobada de aislamiento y maltrato de detenidos no ameritó la aplicación del *test* de presunción; más bien la Corte IDH se basó en la evidencia médica, estrategia problemática si se tiene en cuenta que no en todos los casos de tortura, inclusive los físicos, es posible contar con ese tipo de prueba.²⁸ En efecto, como excepcionales pueden considerarse los casos de desaparición forzada en que los restos mortales de la víctima son hallados. Dicha situación se presentó en *Humberto Sánchez contra Honduras*, caso en el cual la condición en que se encontraron los restos mortales del desaparecido justificaron la calificación de tortura por la Corte IDH.²⁹ Probablemente, el caso *Gangaram Panday* ejerció cierta influencia en dicho viraje al determinar que la naturaleza arbitraria de la detención, por sí sola, no ameritaba la presunción de violación del artículo 5.1 y 5.2.³⁰

Esta línea más “estricta” de interpretación en los casos de desaparición forzada habría repercutido en el TEDH, que en *Kurt contra Turquía* no consideró que la desaparición del hijo de la demandante constituyera una violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) con relación al desaparecido, al no haberse aportado prueba específica de que este hubiese sido objeto de tortura u otros tratos, ni tampoco respecto a la existencia de una práctica de desaparición forzada tolerada por el gobierno y de tratos inhumanos en detención.³¹ Es más, el TEDH juzgó innecesario, tratándose de un caso de presunta desaparición y ante la inexistencia de prueba de tortura y otros tratos, considerar la violación al artículo 3 de la CEDH de manera autónoma (al igual que al artículo 2: derecho a la vida), y lo subsumió en el análisis de la violación al derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 5 de la CEDH).³² Sin embargo, el TEDH admitió la existencia de violación al artículo 3 de la CEDH respecto de la demandante —la madre del desaparecido—, considerando que la prolongada situación de incertidumbre sobre la suerte y el paradero de su hijo constituía

²⁷ Corte IDH, *Gangaram Panday contra Suriname*, sentencia del 21 de enero de 1994. El caso implicó el suicidio del demandante mientras permanecía en detención considerada ilegal y arbitraria por la propia Corte Interamericana.

²⁸ TEDH, *Kurt contra Turquía*, sentencia del 25 de mayo de 1998, § 116.

²⁹ *Ibidem*, § 117.

³⁰ *Ibidem*, § 133-4. La demandante había invocado la decisión del Comité de la ONU de Derechos Humanos en *Quinteros contra Uruguay*, decisión de 21 de julio de 1983, que estableció que los familiares allegados al desaparecido deben ser considerados también víctimas, *inter alia*, de trato inhumano, § 130.

³¹ Corte IDH, *Blake contra Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, § 115-116.

³² Véase, Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, § 57. *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, § 91. También *Villagrán Morales et al. contra Guatemala (Niños de la calle)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, § 164.

trato inhumano de suficiente gravedad como para alcanzar el umbral del artículo 3 de la CEDH.³³ Esta forma de violación, si bien no mencionada en la sentencia del TEDH, había sido determinada por la Corte IDH en el caso *Blake contra Guatemala*, donde estableció que la desaparición y la quema del cuerpo de la víctima causó sufrimiento directo a los familiares, afectó sus vidas y constituyó así una violación del derecho a la integridad personal.³⁴

No obstante, en casos “ordinarios” de incomunicación y aislamiento en la detención, que agravan la vulnerabilidad de la víctima, la Corte IDH consideró la existencia de trato cruel, inhumano y degradante.³⁵ Es más, en *Suárez Rosero contra Ecuador*, habiendo comprobado la detención en aislamiento e incomunicación y la consiguiente violación a la prohibición de otros tratos, la Corte IDH invirtió la carga de la prueba de modo que el Estado demostrara que las alegaciones de otras violaciones al artículo 5 de la CADH resultaban infundadas.³⁶ Dicha inversión en la carga de la prueba a partir de la determinación del aislamiento resulta en consonancia con la presunción de violación al artículo 5, establecida en los primeros casos sobre desapariciones.³⁷

El giro en la jurisprudencia de la Corte IDH resulta, en consecuencia, cuestionable teniendo en cuenta que los casos de desaparición forzada de personas entrañan, necesariamente, incomunicación y aislamiento en la privación (arbitraria) de la libertad física del desaparecido, casos en los que la recolección de evidencia es, por la naturaleza del ilícito, particularmente difícil, con lo que cobra sentido la presunción inicialmente trazada por la propia Corte IDH.

³³ Corte IDH, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit., § 33.

³⁴ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 558.

³⁵ Corte IDH, *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de junio de 2002, § 167. En un caso anterior también contra Trinidad y Tobago, la Corte, a tiempo de pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales en un caso que involucraba el fenómeno del corredor de la muerte, como apunta Lantrip —o. cit (nota 20), p. 564—, omitió pronunciarse sobre el argumento del Estado en el sentido que la demora de la ejecución implicaba la contravención de límites temporales establecidos internamente para evitar una “penal cruel” que constituiría la propia espera de la ejecución. Véase, James et al.: Orden de 29 de agosto de 1998, Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana en el asunto de la República de Trinidad y Tobago.

³⁶ TEDH, *Soering v. UK*, sentencia del 7 de julio de 1989. El TEDH sostuvo que los presos condenados a muerte sufren ansiedad mental grave debido a una variedad de circunstancias, entre las que se incluyen: la manera en la que se impuso la condena, la falta de consideración de las características personales del acusado, la desproporción entre el castigo y el delito cometido, las condiciones de detención mientras espera la ejecución otros factores (traducción libre de Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 133.

³⁷ Corte IDH, *Lori Berenson Mejía contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, § 101 (resaltado propio).

2.2. Privaciones de libertad física

En lo que concierne a los casos sobre detenciones, una de las situaciones salientes constitutiva de tratos crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido el fenómeno denominado *corredor de la muerte* (*death row phenomenon*) —angustia provocada por un periodo de detención prolongado en espera de la ejecución de la pena de muerte—,³⁸ siguiendo la línea trazada por el TEDH en *Soering contra Reino Unido*.³⁹

Por otro lado, las condiciones de detención deterioradas o que se encuentran por debajo de los estándares mínimos del trato a detenidos dieron lugar, en el caso *Lori Berenson Mejía*, a la determinación de *pena cruel*. En efecto, la Corte IDH estableció:

[...] las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de *pena cruel* cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención.⁴⁰

Como se mencionó en la sección precedente, la Corte IDH ha considerado que la incomunicación en la detención puede constituir trato inhumano, toda vez que entraña un acto contrario a la dignidad humana que “[...] puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido”.⁴¹

[...] el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.⁴²

En otro caso emblemático de detención ilegal y arbitraria, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, la Corte determinó la existencia de *tortura psíquica* en violaciones al principio *nemo-tenetur* (prohibición de autoincriminación) y en la confesión forzosa de determinadas conductas delictivas.⁴³ Asimismo, consideró que la angustia moral produ-

³⁸ Corte IDH, *De la Cruz Flores contra Perú*, sentencia del 18 de noviembre de 2004, § 127.

³⁹ *Ibidem*, § 129.

⁴⁰ Corte IDH, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, § 93.

⁴¹ *Ibidem*, § 92.

⁴² *Ibidem*, § 94 (resaltado propio).

⁴³ Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, § 98 y 102. También en *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 157-160, 166 y 168.

cida por las amenazas y el peligro real de sometimiento a lesiones físicas puede en ciertos casos considerarse como tortura psicológica o psíquica.⁴⁴ En síntesis, la Corte consideró que los actos denunciados habían sido “preparados e infligidos deliberadamente para *anular la personalidad y desmoralizar a la víctima*, lo que constituye una forma de tortura psicológica”.⁴⁴

2.3. Ejecuciones extrajudiciales

La presunción de la veracidad de las denuncias de tortura u otros tratos se aplicó en los casos de ejecuciones extrajudiciales en los que se había probado la detención ilegal de la víctima por agentes del Estado, así como la existencia de signos de graves malos tratos en sus restos mortales.⁴⁵ La inversión de la carga probatoria en estos casos se fundamenta en el control absoluto que ejercen los funcionarios estatales sobre la víctima, aún más contundente cuando puede demostrarse la existencia de una línea de conducta estatal de tortura a detenidos.⁴⁶

2.4. Distinción entre tortura y otros tratos

Siguiendo la tendencia del TEDH iniciada con la controvertida⁴⁵ decisión en *Irlanda contra Reino Unido*, que atribuyó a la tortura un “estigma” especial para los casos que intencionalmente infligen un sufrimiento muy grave y cruel,⁴⁶ la Corte IDH aplicó el *test* de la gravedad para distinguir entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁴⁷ Sin embargo, los criterios de valoración desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH no parecen constantes. En los casos que entrañan una situación amenazante o de amenazas de tortura, la aplicación del criterio de gravedad condujo a calificaciones disímiles. Así por ejemplo, en *Niños de la calle* la Corte IDH determinó:

Durante el tiempo de su retención los cuatro jóvenes permanecieron aislados del mundo exterior y seguramente estaban conscientes de que sus vidas corrían grave peligro. Es razo-

⁴⁴ Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, loc. cit. (nota 46), § 97; *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 167 y 170.

⁴⁵ Por ejemplo, Cullen: o. cit. (nota 2).

⁴⁶ TEDH, *Ireland v. UK*, sentencia de 1978, § 167.

⁴⁷ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 563.

nable inferir que durante esas horas pasaron, por esa sola circunstancia, por una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral.⁴⁸

En consecuencia, declaró la existencia de tortura psicológica. Asimismo, en *Cantoral Benavides contra Perú*,⁴⁹ *Maritza Urrutia contra Guatemala*⁵⁰ y *Tibi contra Ecuador*,⁵¹ la Corte IDH consideró que las amenazas o el riesgo real e inminente de maltrato físico habían causado una angustia tan intensa que constituía tortura psicológica. No obstante, en el caso *19 comerciantes*, en el que la Corte IDH determinó que era razonable inferir que el trato que recibieron las víctimas antes de su muerte había sido “agresivo en extremo”, teniendo en cuenta el contexto —que los paramilitares consideraban a los comerciantes como colaboradores de la guerrilla, lo que dado el contexto de violencia en la zona podía interpretarse como una seria amenaza a la vida— y en atención a la brutalidad con que los restos mortales de las víctimas habían sido tratados —lo que la llevó a considerar que las víctimas “pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta”—, determinó la existencia de trato cruel, inhumano y degradante.⁵²

Otro parangón de la aplicación del criterio de gravedad es la constatación de sufrimiento prolongado. En *Paniagua Morales* la Corte IDH determinó la existencia de tortura respecto de las víctimas que habían sido muertas por sus captores, sobre la base de informes de autopsia que revelaban el trato recibido por antes de su muerte,⁵³ y destiló un criterio de *sufrimiento prolongado* en la interpretación de los tratos prohibidos por el artículo 5.⁵⁴ Sin embargo, dicho criterio de *sufrimiento prolongado* habría servido también de fundamento para la determinación de trato cruel e inhumano en *Suárez Rosero contra Ecuador*, que, como se ha mencionado, involucró un caso de detención en incomunicación que se prolongó por 36 días.⁵⁵ En consecuencia, la existencia de sufrimiento prolongado es un elemento común en los casos que ameritaron la determinación de tortura y, por su parte, de otros tratos. Siendo un factor común en ambos casos, la pregunta sobre cuáles resultan ser los estándares de distinción entre tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH se revierte al análisis (casuístico) de la gravedad de

⁴⁸ Corte IDH, *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 163; también § 157.

⁴⁹ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, § 102.

⁵⁰ Corte IDH, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, loc. cit. (nota 43), § 92.

⁵¹ Corte IDH, *Tibi contra Ecuador*, loc. cit. (nota 1), § 147.

⁵² Corte IDH, *19 Comerciantes contra Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, § 150.

⁵³ Corte IDH, *Paniagua Morales*, loc. cit. (nota 27).

⁵⁴ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 565.

⁵⁵ Corte IDH, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit. (nota 35), § 37.

los hechos, que se valoraría conforme la sana crítica de la Corte IDH según los factores endógenos y exógenos demostrados en cada situación en concreto.⁵⁶

El caso de las penas corporales por flagelación ameritó la determinación de tortura física, en atención a la extrema gravedad y el grado de intensidad del sufrimiento físico y mental provocado por la pena misma y las circunstancias que rodearon su imposición: angustia, estrés, miedo durante la espera, observancia del sufrimiento de otros prisioneros que habían sido flagelados, etcétera.⁵⁷ En términos generales, la Corte IDH estableció:

[...] las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación per se del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención.⁵⁸

Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, en el caso *Loayza Tamayo contra Perú* la Corte IDH distinguió entre trato inhumano y degradante. Correspondientes a la primera categoría consideró los interrogatorios acompañados de perturbaciones psíquicas y a la segunda los actos capaces de infundir “un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima”.⁵⁹ Esta distinción, sin embargo, no se habría replicado en *Castillo Petruzzi contra Perú*, donde las condiciones de detención impuestas como consecuencia de la legislación antiterrorista del Perú ameritaron la determinación (genérica) de tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁶⁰ Lo propio ocurrió en *Cantoral Benavides contra Perú*, donde la Corte IDH reitera que las condiciones de reclusión deben ser compatibles con la dignidad personal, y citando la jurisprudencia del TEDH reconoce que se “ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura”,⁶¹ del que resulta absolutamente prohibida cualquier violación a la integridad personal.⁶² Este enfoque parecería tornar superflua la distinción entre los tratos prohibidos. Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte IDH, concordando con el TEDH, estableció:

⁵⁶ Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit. (nota 35), § 57.

⁵⁷ Corte IDH, *Caesar contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, § 88.

⁵⁸ *Ibidem*, § 73.

⁵⁹ Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit. (nota 35), § 57.

⁶⁰ Corte IDH, *Castrillo Petruzzi contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, § 198.

⁶¹ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 103.

⁶² Galdámez Zelada: o. cit. (nota 3), p. 676.

[...] ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas.⁶³

Denotando la importancia de distinguir entre la tortura y los otros tratos, en *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, más allá de ratificar la absoluta prohibición (en cualquier circunstancia) tanto de la tortura como de los otros tratos, la Corte IDH se abocó a analizar la calificación de los hechos probados durante el proceso a fin de determinar si los abusos demandados constituían tortura u otros tratos.⁶⁴ En ese cometido, determinó la existencia de tortura física y psicológica con relación a la víctima y de trato inhumano respecto de sus familiares directos, al haber sido víctimas de la desaparición forzada de Bámaca Velásquez. La determinación de tortura se basó en la consideración de que los actos de violencia perpetrados contra la víctima se habían cometido con la finalidad de extraer información relevante para el ejército y de la existencia de sufrimiento prolongado en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso,⁶⁵ es decir, teniendo en cuenta, además de la duración y la finalidad, la gravedad o intensidad del sufrimiento.

Sin embargo, como se ha mencionado, los casos que involucraron condiciones de detención capaces de producir el deterioro de la integridad física, psíquica y moral, tales como el confinamiento prolongado en aislamiento, la detención en celdas en condiciones de hacinamiento, sin luz natural, ventilación insuficiente, falta de un lugar apropiado para dormir, alimentos escasos y horarios de visita restrictivos, ameritaron la determinación de trato cruel, inhumano y degradante.⁶⁶ Resulta por lo menos argumentable que la existencia de sufrimiento prolongado y la gravedad de este en dichas circunstancias sea tan grave como el derivado de los casos inherentes a las desapariciones forzadas, lo que torna muy frágil el estándar de distinción, si no inexistente.

En un caso más reciente, *Campo Algodonero contra México*, concerniente a la desaparición y ejecución de mujeres en el contexto de una política generalizada y

⁶³ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 99 (citando a *Selmouni contra Francia*, sentencia del TEDH de 28 de julio de 1999, § 100-1).

⁶⁴ Corte IDH, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, § 154.

⁶⁵ *Ibidem*, § 158.

⁶⁶ Por ejemplo, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit. (nota 35), § 91; *Lori Berenson Mejía contra Perú*, loc. cit. (nota 40), § 106; *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 85.

sistemática de violencia y discriminación contra mujeres, la Corte IDH calificó como trato degradante el sufrimiento de los familiares (particularmente de las madres) de las víctimas debido a la repentina desaparición de sus hijas, al desconocimiento de su paradero durante un periodo considerable, a la falta de investigación y al tratamiento indiferente y hasta hostil brindado por las autoridades.⁶⁷ Dicha calificación ameritó, sin embargo, la opinión vertida en el voto concurrente de la jueza Medina de desacuerdo con la calificación. La jueza consideró que dicho sufrimiento ameritaba la calificación de tortura⁶⁸ —la misma que hubiera alimentado la “tendencia en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos de tortura cometidos por agentes no estatales”,⁶⁹ teniendo en cuenta que:

[...] la Corte no ha vacilado en otros casos en calificar una conducta como tortura, a menudo sin mencionar las razones por las cuales lo ha hecho, y se advierte que el elemento principal es el de la severidad de la acción y cómo la misma afecta a la víctima. Es la conducta, en general, la que determina la distinción entre tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. La razón de calificar un acto como tortura obedece al mayor estigma que se asigna a este en relación con otros también incompatibles con el artículo 5.2 de la Convención.⁷⁰

Curiosamente, para definir el concepto de tortura la Corte IDH se ha basado, en ciertas ocasiones, en la definición del artículo 2 de la CIPST,⁷¹ que, sin embargo, no considera la gravedad del dolor o sufrimiento (físico o mental) como elemento de la definición.⁷² De modo general, sin embargo, siguiendo a Martín y Rodríguez-Pinzón, puede considerarse que la jurisprudencia de la Corte IDH considera los siguientes tres elementos como constitutivos o inherentes al concepto de tortura:

⁶⁷ *González y otras contra México (Campo Algodonero)*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, § 424 y 413.

⁶⁸ Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso *González y otras (Campo Algodonero) contra México*, loc. cit. (nota 70), § 1.

⁶⁹ *Ibidem*, § 20.

⁷⁰ *Ibidem*, § 2.

⁷¹ Por ejemplo, en los casos *Tibi contra Ecuador*, loc. cit. (nota 1), § 145; *Gómez Paquiyari contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, § 105.

⁷² “Artículo 2: Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tend[er] a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

“No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

1. que se trate de una acción deliberada o acto intencional;
2. que la víctima sufra dolor o angustia físicos o psicológicos severos;
3. que exista una finalidad por la que aplicar la tortura.⁷³

Dichos elementos constitutivos fueron ratificados en casos más recientes, como *Bueno Alves contra Argentina*, donde se estableció que la finalidad o el propósito de los maltratos había sido forzar la confesión de la víctima,⁷⁴ y *Bayarri contra Argentina*, donde la Corte IDH subrayó que el fin o propósito puede ser cualquiera (como utilizar tortura para la investigación de delitos), siguiendo su jurisprudencia.⁷⁵

Por su parte, para definir los otros tratos, la Corte IDH recurrió en *Caesar contra Trinidad y Tobago* al derecho penal internacional, para basarse en la definición de trato cruel o inhumano que el TPIY había vertido en *Čelebići*:

[...] toda acción u omisión intencional, deliberada y no accidental, que cause serios sufrimientos físicos o mentales o daños o que constituya un grave ataque contra la dignidad humana.⁷⁶

Al margen de las diferencias sutiles y lingüísticas, al adoptar la definición de *Čelebići* de trato cruel o inhumano, parecería que la Corte IDH asume la distinción entre tortura y otros tratos según la existencia de una finalidad o propósito del acto o la omisión en cuestión. Dicha interpretación puede colegirse si se considera que no existe una diferencia sustancial entre *gravedad* y *seriedad*, y en atención a que el ultraje a la dignidad humana existe en cualquier atentado contra la integridad personal, probablemente con diferente intensidad.

Como puede advertirse, resulta difícil colegir parámetros constantes de interpretación del umbral que hace a la determinación de tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH, que, no obstante, ha determinado responsabilidades internacionales con relación a una amplia gama de violaciones al derecho a la integridad personal. En todo caso, parecería una constante el elemento subjetivo de gravedad en dicho

⁷³ Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5).

⁷⁴ Corte IDH, *Bueno Alves contra Argentina*, sentencia del 11 de mayo de 2007, § 79 (citando mayor jurisprudencia de la Corte Interamericana al respecto) y § 82.

⁷⁵ Corte IDH, *Bayarri contra Argentina*, sentencia del 30 de octubre de 2008, § 81.

⁷⁶ Corte IDH, *Caesar contra Trinidad y Tobago*, § 68, traducción libre de Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 105.

cometido, siguiendo la línea del TEDH. No obstante, la jurisprudencia no ha definido el alcance de la gravedad en uno y otro caso.⁷⁷

De las sentencias someramente analizadas cabe destacar la particular importancia que reviste la jurisprudencia sentada por la Corte IDH respecto de la tortura psicológica, aquella en relación a los casos de desaparición forzada —al margen de la disparidad de estándares entre sus distintos casos— y de las condiciones de detención ilegales; casos, por cierto, característicos del contexto latinoamericano.

3. La calificación de la tortura en el derecho penal internacional

3.1. Alcance de la tortura en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc

La persecución penal internacional contemporánea de la tortura como un crimen de guerra y de lesa humanidad se inicia con los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), cuya jurisprudencia resulta por demás relevante teniendo presente que los estatutos de ambos tribunales no consignaron una definición del crimen en ninguna de ambas esferas.⁷⁸ En el caso del TPIY, se incorporó de manera expresa la tortura o el trato inhumano —incluidos los experimentos biológicos— como una de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2.b), esto es, en el ámbito del conflicto armado internacional y la tortura como crimen de lesa humanidad. Los otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad fueron incorporados como una cláusula residual (artículo 5.f e i, respectivamente). En el caso del TPIR la formulación de la tortura y los otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad se recogieron de manera similar que en el Estatuto del TPIY (artículo 3.f e i, respectivamente). Por el contrario, la tortura y los otros tratos como crímenes de guerra en el ámbito del conflicto armado no internacional se formularon de una manera particular, recogiendo esencialmente el lenguaje del

⁷⁷ En la misma línea, Martin y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 103.

⁷⁸ En realidad los estatutos de los tribunales ad-hoc consignaron un listado de las ofensas que podrían constituir crímenes de guerra o de lesa humanidad, sin establecer definiciones de esas ofensas en general, esto es, no solo en el caso de la tortura y los otros tratos.

derecho humanitario: “Atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor” (artículo 3.e).

En una primera etapa jurisprudencial los tribunales *ad hoc* adoptaron la definición de la CT-ONU, considerando que ella reflejaba costumbre internacional. Esta tendencia fue iniciada por el TPIR en *Akayesu*.⁷⁹ Posteriormente, el TPIY en *Čelebići*⁸⁰ (campo de detención) restringiría el carácter consuetudinario de la definición de tortura de la CT-ONU al ámbito de los derechos humanos, es decir, no vinculante en el ámbito del derecho humanitario:

En el contexto del derecho humanitario este requerimiento debe interpretarse en el sentido de incluir actores armados no estatales partes de un conflicto, de modo que la prohibición [de tortura] mantenga su relevancia en situaciones de conflictos armados no internacionales o en conflictos armados internacionales que involucran la participación de actores no estatales.⁸¹

Esta tendencia fue seguida en *Furundžija*. Unos años después, en *Kunarac et al.*, el TPIY daría un viraje hacia la criminalización de la tortura en un sendero independiente de la CT-ONU, considerando que el carácter consuetudinario de la definición de esta solo alcanzaba el terreno de la responsabilidad internacional de los estados en razón de la naturaleza de la Convención.⁸² Así, en *Kunarac* consideró que la determinación de tortura radica en la naturaleza del acto más que en la calidad del sujeto activo,⁸³ el cual puede alcanzar a miembros de grupos armados no estatales, contratistas militares privados, mercenarios e incluso individuos en su capacidad privada, o sea, sin ninguna

⁷⁹ TPIR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, caso n.º TPIR-96-4-T, sentencia de primera instancia de 2 de septiembre de 1998, § 681.

⁸⁰ Para un análisis más detallado de la discusión en este caso, véase Jasper Wauters: “Torture and Related Crimes. A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998.

⁸¹ TPIY, *Delalic et al.*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, § 473.

⁸² TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia del 22 de febrero de 2001, § 482.

⁸³ *Ibidem*, § 495.

afiliación.⁸⁴ Esta nueva tendencia empezaría a expandirse a subsiguientes casos, principalmente *Kvoka*,⁸⁵ *Krnojelac*,⁸⁶ *Simic*⁸⁷ y *Brdanin*.⁸⁸

Con relación a los elementos constitutivos, que conforme a la jurisprudencia de los tribunales resultan comunes a la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, pueden identificarse los siguientes aportes en cuanto a la interpretación de la definición de la CT-ONU y más allá de ella. A saber, respectivamente: a) la existencia de daño físico como no indispensable, toda vez que se acepta ampliamente la posibilidad de que “únicamente” se produzca daño mental; b) la posibilidad de comisión por omisión de la tortura. En consecuencia el *actus reus* radica, conforme a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en infligir —por acción u omisión— dolores o sufrimientos *graves*, ya sean físicos o mentales.⁸⁹

En cuanto a la carga de la prueba, el umbral anterior ha sido interpretado en el sentido de existir *ipso facto* una vez que se ha probado la existencia de la conducta que por sí misma implica dolores o sufrimientos graves. En ese sentido, casos que implican la mutilación de partes corporales o la violación, por ejemplo, constituyen conductas de tortura *per se*, y en consecuencia no se requieren certificados médicos que demuestren la naturaleza del daño⁹⁰ —requerimiento que normalmente se presenta en los sistemas nacionales—. En efecto, la consideración de la violación como un acto que automáticamente alcanza el espectro de severidad de la tortura ha constituido uno de los aportes jurisprudenciales más importantes del TPIY.⁹¹

Otros actos, sin embargo, son capaces de constituir tortura si presentan *suficiente gravedad* conforme a las circunstancias de su comisión, consideración que se desprende de un análisis casuístico sobre la base de factores objetivos y subjetivos. Burchard sintetiza dichos factores en la discusión emergente de diversos casos: la naturaleza, la consistencia y el contexto del dolor o sufrimiento, incluido el periodo del tratamiento; la condición física y mental de la víctima, incluidos factores tales como la edad, el sexo, el estado de salud, así como la posición de inferioridad de la víctima.⁹² En ese marco, se

⁸⁴ S. Sivakumaran: “Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: the Actor and the *Ad hoc* Tribunals”, 18 *Leiden Journal of International Law*, 2005, p. 545.

⁸⁵ TPIY, *Kvocka et al.*, sentencia del 2 de noviembre de 2001, § 139.

⁸⁶ TPIY, *Krnojelac*, sentencia del 15 de marzo de 2002, § 187.

⁸⁷ TPIY, *Simic et al.*, sentencia del 17 de octubre de 2003, § 82.

⁸⁸ TPIY, *Brdanin*, sentencia del 1 de septiembre de 2004, § 488-9.

⁸⁹ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 163-64.

⁹⁰ TPIY, *Kunarac et al.*, loc. cit. (nota 85).

⁹¹ Dicha postura fue esencialmente adoptada en *Kunarac et al.*, sentencia de apelación del 20 de junio de 2002 y posteriormente en *Brdanin*, sentencia de la Sala de Juicio I del 1 de septiembre de 2004.

⁹² Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 165.

ha determinado que el daño permanente no es un requerimiento para la existencia de tortura, sino que el daño temporal es suficiente, así como tampoco resulta necesaria la existencia de huellas visibles del daño ni de una duración considerable de este.

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha considerado que la *mens rea* de la tortura implica que el acto o la omisión sean intencionales, siendo irrelevante el motivo⁹³ que conduzca a infligir (intencionalmente) los dolores o sufrimientos graves.⁹⁴ Esto implica la necesaria consideración, por parte del sujeto activo, de las condiciones físicas de la víctima en el momento de la comisión de la conducta, su edad, sexo y estado mental.⁹⁵

3.1.1. ¿Tortura solamente si se comete por agentes estatales o en relación con ellos?

La tradicional caracterización de la tortura como un delito propio cometido por funcionarios públicos o agentes estatales —o a instigación de estos— se remonta a la definición planteada por la CT-ONU, de 1984, y la CIPST, de 1985, respectivamente. Si bien sirvió de base para la construcción del tipo en el ámbito de los tribunales *ad hoc*, dicho requerimiento fue paulatinamente abandonado por su jurisprudencia, como se ha mencionado.

Así, en *Čelebići*, partiendo de nociones del derecho internacional humanitario —y apartándose de la proposición del fiscal, que consideraba necesario el requerimiento del agente estatal—, se optó por la consideración delictiva de agentes no estatales de modo que la prohibición de tortura persistiera en situaciones de conflicto armado no internacional y de conflictos armados internacionales que involucran la actuación de actores no estatales.⁹⁶ Sin embargo, en *Furundžija* el TPIY consideró que la definición de tortura requería la comisión por un funcionario público o al menos la participación en capacidad *no* privada.⁹⁷ Posteriormente, *Kunarac et al.* retomaría y ampliaría la línea de *Čelebići*, considerando que la CT-ONU tenía una aplicación solo interestatal y que la definición establecida en ella había sido concebida solo para su aplicación en el contexto de la Convención. En consecuencia, *Kunarac* confirmó la innecesaria existencia

⁹³ Cabe distinguir entre motivo y propósito.

⁹⁴ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 167-68, citando principalmente *Kunarac et al.*, sentencia de apelación del 20 de junio de 2002.

⁹⁵ Wauters: o. cit. (nota 83), p. 159.

⁹⁶ TPIY, *Delalić et al. (Čelebići)*, sentencia de la Sala de Juicio del 16 de noviembre de 1998.

⁹⁷ TPIY, *Furundžija*, sentencia de la Sala de Juicio del 10 de diciembre de 1998.

de agentes estatales para la determinación de tortura desde la perspectiva del derecho internacional humanitario,⁹⁸ lo que dio lugar a la consideración de la tortura sobre la base de la conducta, independientemente de la calidad del sujeto activo en el marco de un conflicto armado y denotó una importante fisura en la definición de tortura en el derecho internacional humanitario y los derechos humanos.⁹⁹ Dicha interpretación fue posteriormente adoptada en *Krnojelac*, válida tanto para crímenes de guerra como de lesa humanidad.¹⁰⁰

Como apunta Lord,¹⁰¹ la aparente disparidad de interpretaciones que trasluce de los casos anteriores fue opacada por la Sala de Apelaciones, que explicó que Furundžija había actuado como miembro de las fuerzas armadas involucradas en el conflicto y no en una capacidad privada. Sin embargo, puede concluirse que los tres casos aceptan la posibilidad de tortura con agentes no estatales con ciertos matices. En tanto que en *Delalić* y *Furundžija* se requiere que los agentes no estatales actúen “con capacidad oficial” —es decir, para una entidad que presente ciertas características similares a las de un estado—, en *Kunarac* se acepta que la tortura pueda cometerse por individuos privados en violación al derecho humanitario, al margen de cualquier capacidad oficial.¹⁰² Esta interpretación encuentra su correlato en la misma formulación y espíritu del derecho humanitario convencional. Así por ejemplo, el comentario oficial al artículo 4 del Protocolo Adicional II (1977) estableció: “[...] el acto de tortura es reprochable en sí mismo, al margen del sujeto activo, y no puede justificarse bajo ninguna circunstancia”.¹⁰³

3.1.2. *Apreciación particular de los otros tratos*

La distinción que han hecho los tribunales *ad hoc* entre la tortura y los otros tratos inhumanos o degradantes constituye un claro ejemplo de la influencia que el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido en la jurisprudencia del derecho penal internacional. En efecto, sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, el TPIY en *Krnojelac* estableció que la tortura constituye una forma de maltrato agravado.¹⁰⁴ La

⁹⁸ TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia de la Sala de Juicio del 22 de febrero de 2001.

⁹⁹ Para una crítica sobre dicha interpretación jurisprudencial, véase Burchard: o. cit. (nota 10).

¹⁰⁰ TPIY, *Krnojelac*, sentencia de la Sala de Juicio del 15 de marzo de 2002.

¹⁰¹ Lord: o. cit. (nota 17).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ CICR: *Comentarios a los Protocolos adicionales*, del 8 de junio de 1977, p. 1373.

¹⁰⁴ TPIY, *Krnojelac*, sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002. De manera similar, *Brdanin*, sentencia de la Sala de Juicio de 1 de septiembre de 2004.

transposición de la jurisprudencia del TEDH —emanada en el marco de los derechos humanos— al ámbito del derecho humanitario se justificó sobre la base de que ambos cuerpos del derecho internacional comparten criterios comunes respecto a la intensidad del dolor o sufrimiento.¹⁰⁵ Siguiendo esa línea, la Sala de Juicio en *Martić* confirmó que el dolor o sufrimiento en el crimen de *trato cruel* no requiere la misma intensidad que el que conlleva la tortura.¹⁰⁶ Esta posición, sin embargo, ha provocado la crítica precisamente desde el ángulo de los derechos humanos.¹⁰⁷ Resulta difícil trazar una clara demarcación, más aún si se considera que todos los métodos de tortura implican un trato cruel, inhumano y degradante.¹⁰⁸

Otro aspecto de la jurisprudencia que ha marcado la distinción entre la tortura y los otros tratos es la caracterización de la tortura como un *crimen de intención*, y la consideración de que tal requerimiento emana del derecho internacional consuetudinario principalmente recogido en la CT-ONU.¹⁰⁹ En consecuencia, solamente la conducta dirigida a conseguir los fines enunciados en la definición de tortura de la CT-ONU —la obtención de información o de confesión, o como forma de castigo, intimidación o coacción de la víctima o de una tercera persona, o por razones discriminatorias— constituye tortura conforme al derecho consuetudinario. Esta fue precisamente la visión recogida en *Akayesu*.¹¹⁰ Esta postura se ampliaría posteriormente con la inclusión de otros fines, distintos a los explícitamente enunciados en la CT-ONU. Al respecto resulta de particular relevancia el caso *Furundžija*, que introdujo entre los posibles propósitos de la tortura la humillación de la víctima, sobre la base del derecho internacional humanitario y de la consideración de constituir una forma de intimidación.¹¹¹ Sin embargo, dicho desarrollo, como apunta Burchard, no quedó consolidado en la jurisprudencia del TPIY por cuanto posteriormente, en *Krnjelac*, este tribunal despojaría del umbral consuetudinario al propósito de causar humillación. Habiendo sido ambos fallos confirmados en apelación, la jurisprudencia resulta contradictoria sobre este aspecto.¹¹²

¹⁰⁵ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 166.

¹⁰⁶ TPIY, *Martić*, sentencia de la Sala de Juicio de 12 de junio de 2007.

¹⁰⁷ Burchard: o. cit. (nota 10), p. 167.

¹⁰⁸ En este sentido, J. M. Ddamulira "The History of Torture Jurisprudence in the Inter-American Regional Human Rights System: 1948-2005", 13(1) *East African Journal of Peace & Human Rights*, 2007, pp. 157-158.

¹⁰⁹ TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia de la Sala de Juicio de 22 de febrero de 2001. También *Krnjelac*, sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002.

¹¹⁰ TPIR, *Akayesu*, sentencia de la Sala de Primera Instancia, de 2 de septiembre de 1998, § 681.

¹¹¹ TPIY, *Furundžija*, sentencia de primera instancia del 10 de diciembre de 1998.

¹¹² Burchard: o. cit. (nota 10), p. 170.

Probablemente sea el *trato cruel* el que ofrece una definición jurisprudencial de mayor consenso. Su tratamiento fue parte precisamente del primer caso ante el TPIY —*Tadić*—, que lo caracterizó como violencia intencional contra la vida, la salud o la integridad física o mental, entre otros.¹¹³

3.2. Algunas consideraciones sobre el alcance de la prohibición de tortura y *non-refoulement*

Como se mencionó, conforme la CT-ONU solo existe tortura cuando la conducta de alguna manera puede generar la responsabilidad de las autoridades por acción u omisión. Dicho requerimiento —que la tortura sea efectuada, instigada o consentida por un funcionario público u otra persona que actúe en capacidad oficial— ha sido considerado una significativa limitación *vis-à-vis* la prohibición absoluta de tortura.¹¹⁴ Al respecto resulta interesante el desarrollo gestado a partir de una amplia interpretación del principio de no devolución (*non-refoulement*) recogido, entre otros instrumentos, en la propia CT-ONU (artículo 3), por el que los estados parte asumen la obligación convencional de no devolver, de ninguna manera (incluida expresamente la extradición), a una persona a un estado donde se considere por motivos fundados que pueda verse sometida a tortura.

La jurisprudencia del TEDH fue pionera en extender la prohibición de devolución —también recogida en el artículo 3 de la CEDH— cuando la tortura o la amenaza de tortura emana de actores no estatales. Así por ejemplo, en *HLR contra Francia*, donde el demandante, de nacionalidad colombiana, había sido arrestado por cargos de narcotráfico, fundamentó su petición de no devolución en razón a su temor a ser torturado por los carteles colombianos. El TEDH se pronunció reconociendo la aplicación del artículo 3 de la CEDH a personas o actores no estatales, en los casos en que no existe adecuada protección del estado.¹¹⁵ Dicho racional se aplicó también en *A contra Reino Unido*, en el cual el TEDH estableció la obligación de los estados de asegurar la vigen-

¹¹³ TPIY, *Tadić*, sentencia de la Sala de Juicio del 7 de mayo de 1997.

¹¹⁴ K. Wouters: "Editorial: How Absolute is the Prohibition of Torture?", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, n.º 1-8, 2006, p. 4.

¹¹⁵ TEDH, fallo de 1998.

cia de la prohibición de la tortura también proveniente de individuos en su capacidad privada.¹¹⁶

Asimismo, *Elmi contra Australia* constituyó la primera ocasión en la que el Comité contra la Tortura consideró que la protección de no devolución se extendía al temor a agentes no estatales pertenecientes a estructuras cuasiestatales.¹¹⁷

Dichas interpretaciones dan pie a considerar la existencia de tortura por comisión de agentes no estatales en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (más allá del ámbito específico del derecho internacional del asilo). En efecto, este enfoque trasciende el espectro del principio de no devolución y resulta congruente con la tendencia de expandir la interpretación de los sujetos del derecho internacional de los derechos humanos, más allá de la tradicional consideración exclusiva de los estados en una dimensión de protección horizontal y privada de los derechos humanos.¹¹⁸

Curiosamente, el argumento a partir de la interpretación amplia del principio de no devolución elucubrada por los órganos de protección de derechos humanos no caló en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que probablemente hubiera contribuido a desterrar la necesidad del requerimiento del agente estatal también respecto de los crímenes de lesa humanidad.

Por su parte, la Corte IDH no ha conocido aún de casos que involucren el principio de no devolución. En el hipotético escenario de que se presentara un caso de no devolución por tortura respecto de agentes no estatales, no solo quedaría en la palestra de discusión la noción tradicional de tortura, sino también el tradicional sistema de responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos.

3.3. La tortura y los otros tratos en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional

La tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI presenta dos principales diferencias respecto de su formulación en la CT-ONU: la eliminación de los fines o propósitos para cometer tortura y la relación con el agente estatal. La definición incorpora más bien un elemento de custodia o control de la víctima por el acusado (artículo 7.2.e).

¹¹⁶ TEDH, fallo de 23 de septiembre de 1998.

¹¹⁷ Comité Contra la Tortura: Comunicación n.º 120/1998, UN Doc CAT/C/22/D/120/1998. Para un comentario detallado del caso, véase Sivakumaran: o. cit. (nota 87), pp. 549-553.

¹¹⁸ También en esta línea, P. Gaeta: "When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?", 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 191.

En el caso de la tortura como crimen de guerra tampoco se hace referencia alguna a la calidad del sujeto activo, pero sí se mantienen los fines o propósitos de la CT-ONU y el umbral de gravedad, que no queda definido. Podría considerarse que la definición —aplicable tanto en el conflicto armado internacional como no internacional—¹¹⁹ deviene de *Kunarac* (TPIY), que definió los elementos del crimen, como se ha mencionado, en el sentido de infligir intencionalmente, por acción u omisión, graves dolores o sufrimientos, sean físicos o mentales, con la finalidad de obtener información o confesión, como castigo, intimidación o coerción a la víctima o un tercero, o por cualquier razón discriminatoria.¹²⁰

Los otros tratos presentan una disparidad terminológica en la definición como crimen de guerra en el conflicto armado internacional y no internacional. En el primer caso, se emplea *tratos inhumanos*, incluidos los experimentos biológicos (artículo 8.2.a.ii). En el segundo, se emplea *tratos crueles*, además de los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio y las mutilaciones (artículo 8.2.c.i). En ambos casos los Elementos de los Crímenes se refieren a dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales (al margen de las consideraciones terminológicas de los sujetos pasivos en razón del tipo de conflicto armado). En consecuencia, parece que el ECPI se apartó de la tendencia de los cortes regionales de protección de derechos humanos a diferenciar la tortura de los otros tratos en razón del criterio de gravedad. Así, el elemento diferenciador es el propósito o la finalidad de la conducta, en cuanto crimen de guerra.¹²¹

En el caso *Bemba*, parte de la situación concerniente a la República Centroafricana, la Sala de Cuestiones Preliminares II —a tiempo de la confirmación de los cargos— declinó confirmar la imputación de la tortura como crimen de guerra (artículo 8.2.c.i) precisamente en atención a que el elemento de finalidad, considerándolo como una intencionalidad específica en la *mens rea* del tipo, debe ser probado por el fiscal. No habiéndose demostrado la finalidad o el propósito con el que los malos tratos alegados hubieran sido infligidos, la Sala concordó con la defensa respecto a que el fiscal incumplió con su obligación de presentar prueba respecto de cada elemento constitutivo del crimen.¹²²

¹¹⁹ Los Elementos de los Crímenes de los artículos 8.2.a.ii y 8.2.c.i son comunes con relación a la tortura.

¹²⁰ TPIY, *Kunarac et al.*, loc. cit. (nota 85), § 50.

¹²¹ En este sentido, K. Dörmann: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge (RU): ICRC, 2003, p. 63.

¹²² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: "Decisión conforme al artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo", de 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08, § 294, 298-300.

Si bien el análisis de la Sala de Cuestiones Preliminares II se ajusta a la formulación del crimen en el ECPI, no deja de ser relevante la disyuntiva sobre la coherencia del elemento de propósito o finalidad —propio del derecho internacional de los derechos humanos en su desarrollo inicial— como parte de la definición de los crímenes de guerra, cuando la tortura como crimen de lesa humanidad se aparta de él en el ECPI.¹²³

El caso *Bemba* también resulta interesante para el tema que nos ocupa respecto de la relación entre la tortura como crimen de lesa humanidad y la violación, cuando el acto de violación u otras formas de violencia sexual son los hechos sobre los que se asienta la imputación de tortura. Es decir, tortura cometida a través de violación u otras formas de violencia sexual.

La Sala de Cuestiones Preliminares II declinó también la confirmación del cargo de tortura como crimen de lesa humanidad por considerarlo subsumido en el crimen de violación,¹²⁴ interpretando que los elementos constitutivos de la tortura como crimen de lesa humanidad —la gravedad del daño o el sufrimiento causado y el control ejercido por el torturador respecto de su víctima— son también comunes a los elementos constitutivos del crimen de violación, que se distingue por el elemento adicional de la penetración.¹²⁵ No habiéndose aportado prueba respecto de otros hechos —además de la violación— que llevaran a determinar la existencia de tortura, la Sala confirmó el cargo de violación y consideró innecesaria, y más bien en detrimento del acusado, la acumulación de cargos.¹²⁶

La controvertida interpretación ameritó un *amicus curiae*¹²⁷ interpuesto por Iniciativa de Mujeres para la Justicia de Género, de conformidad con la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El *amicus curiae* esencialmente observó la situación de víctimas en particular, que caería fuera de la alegada simbiosis de cargos, toda vez que constituirían tortura *per se*. De entre ellos, resulta de particular interés aquí el caso de

¹²³ Dörmann comenta que a tiempo de las deliberaciones en la PrepCom (Comisión de Preparación del ECPI), algunas delegaciones consideraron que, o bien el elemento de finalidad, o bien el de capacidad oficial (comisión por un agente estatal), o bien ambos, era necesario para distinguir la tortura del crimen de guerra de trato inhumano. Otras delegaciones se inclinaron por el elemento de gravedad o intensidad para dicho cometido. Sin embargo, y siguiendo la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, se optó por la inclusión del elemento de finalidad o propósito (Dörmann: o. cit. [nota 124], p. 45).

¹²⁴ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: loc. cit. (nota 125), § 205.

¹²⁵ *Ibidem*, § 204.

¹²⁶ *Ibidem*, § 202.

¹²⁷ Refrendado por el fiscal de la CPI en su documento "Prosecution's Response to Amicus Curiae Observations of the Women's Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence", de 6 de agosto de 2009, ICC-01/05-01.08-469.

un hermano que, mientras era azotado, observaba la violación de su hermana.¹²⁸ Como apunta el *amicus curiae*, los casos de personas obligadas a presenciar la violación de sus familiares supera el espectro del crimen de violación, aun en el supuesto de su propia violación —antes o después—, y constituye tortura. Presenciar violaciones de familiares involucra humillación, degradación y violación a la dignidad, distintos del acto de violación *per se*.¹²⁹ Dicho racional fue inicialmente adoptado en el marco del derecho penal internacional —por ejemplo, en *Furundžija* (TPIY)—, donde se calificó como tortura el ser forzado a observar la violación repetida de un allegado.¹³⁰

Cabe apuntar que en el ámbito del sistema interamericano, el voto concurrente de la jueza Medina en el caso *Campo Algodonero*¹³¹ se decanta por la calificación como tortura —a diferencia de la mayoría, que estableció la existencia de trato degradante— con relación al sufrimiento experimentado por los familiares (madres) de las víctimas que habían sido repentinamente desaparecidas, quienes desconocieron su paradero durante un periodo considerable, en un contexto de violencia y discriminación generalizada y sistemática contra la mujer, y, adicionalmente, por la falta de investigación y la actitud indiferente y hostil de las autoridades. En *Bemba*, habiendo la Sala de Cuestiones Preliminares II, rechazado la solicitud de permiso de apelación del fiscal respecto de la decisión en cuestión (de confirmación de los cargos),¹³² la interpretación en el sentido de que el cargo de violación subsume al de tortura —en tanto la evidencia aportada verse sobre los mismos hechos— resulta prevaleciente al presente.

Por otro lado, corresponderá observar la interpretación que se consolide sobre el alcance de la cláusula residual de los crímenes de lesa humanidad: “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (artículo 7.1.k). Una primera interpretación jurisprudencial de esta controvertida cláusula se ha formulado en la decisión de confirmación de los cargos en *Katanga*, parte de la situación del Congo,

¹²⁸ “Women’s Initiatives for Gender Justice, Amicus Curiae Observations of the Women’s Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence”, de 31 de julio de 2009, § 27.

¹²⁹ *Ibidem*, § 30, citando a TPIY, *Prosecutor v. Furundžija*, Sala de Juicio, sentencia del 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1, § 267.

¹³⁰ *Ibidem*, § 28.

¹³¹ Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso *González y otras (Campo Algodonero) contra México*, de 16 de noviembre de 2009.

¹³² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the ‘Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo’, de 18 de septiembre de 2009”, ICC-01/05-01/08.

caso en el que el fiscal imputó también el crimen de *otros actos inhumanos*.¹³³ La Sala de Cuestiones Preliminares I vertió una primera interpretación del contenido de dicho crimen, sobre la base de *Blaškić* (TPIY):¹³⁴

[...] por actos inhumanos han de entenderse las violaciones graves al derecho internacional consuetudinario y a los derechos fundamentales de los seres humanos, derivados de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, de naturaleza y gravedad similar a los actos mencionados en el artículo 7(1) del Estatuto.¹³⁵

La Sala señala la diferencia del alcance y el propósito de esta cláusula residual, cuya formulación inicial se remonta a la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y posteriormente a los estatutos del TPIY y del TPIR, en cuyo caso sirvió como una cláusula abierta orientada a recoger precisamente *otros actos inhumanos* no enunciados expresamente en el listado de ofensas constitutivas de los crímenes de lesa humanidad. En el caso del ECPI, la cláusula contiene ciertas limitaciones respecto de la acción constitutiva de un acto inhumano y de sus consecuencias, por lo que resulta distinta de las otras conductas enunciadas como crímenes de lesa humanidad.¹³⁶ Sobre la base de los Elementos de los Crímenes, la Sala apunta que el sufrimiento o daño grave a la integridad física, mental o psicológica debe ser consecuencia del acto inhumano.¹³⁷

En *Katanga* el voto mayoritario de la Sala desestimó la imputación por otros actos inhumanos, en razón de que la evidencia no apuntaba a verificar la intención de causar sufrimientos o daños graves, sino más bien a un intento no consumado de homicidio —de la población civil de Bogoro— como crimen de lesa humanidad, independientemente recogido en el artículo 7.1.a. Esta interpretación da pie a considerar que el crimen de otros actos inhumanos constituye el complemento del crimen de tortura, probablemente asimilable en el sentido de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si se corrobora esta interpretación, quedarán por determinarse los parámetros de distinción entre la tortura y los otros actos inhumanos, teniendo en cuenta que el elemento de gravedad es común a ambos y que el elemento de propósito desaparece

¹³³ CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, decisión sobre la confirmación de los cargos, Sala de Cuestiones Preliminares I, de 30 de septiembre de 2008, § 22.

¹³⁴ TPIY, *The Prosecutor v. Blaškić*, sentencia del 3 de marzo de 2000, § 239.

¹³⁵ *Ibidem*, § 448.

¹³⁶ CPI, *Katanga*, loc. cit. (nota 136), § 450-452.

¹³⁷ *Ibidem*, § 453.

en el caso de la tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI. En consecuencia, cabe preguntarse si el elemento de control del crimen de tortura resulta suficiente para diferenciar la tortura de los otros tratos como actos inhumanos en el ECPI. Este es uno de los aspectos a ser dilucidados por el desarrollo jurisprudencial de la CPI.

4 • Conclusiones

El caso de la tortura resulta emblemático de la interpretación de los crímenes del derecho internacional a la luz de los derechos humanos y del derecho humanitario (por lo menos en su etapa inicial), así como de los instrumentos de derechos humanos que incorporan nociones típicas del derecho penal internacional. Esta última podría reputarse una justificación de la aplicación del derecho penal internacional por el sistema interamericano de derechos humanos, aunque el análisis sobre si dicha práctica se ha desarrollado más allá de los supuestos inherentes a las formulaciones convencionales cae fuera del alcance de este trabajo. Así también el caso de la tortura y los otros tratos es emblemático de las paradojas del derecho internacional. En tanto que su prohibición es categórica y absoluta, su definición continúa siendo un desafío importante tanto en la esfera de la responsabilidad internacional como de la responsabilidad penal individual.

Si bien los estándares de diferenciación entre tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH no resultan del todo nítidos, su jurisprudencia destila varios aspectos interesantes de interpretación, como la adopción de presunciones en casos de comprobada custodia o control (por agentes estatales) que entrañan privaciones ilegales de la libertad física en aislamiento y/o incomunicación. Esto podría resultar de particular interés *vis-à-vis* la definición de la tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI, que incorpora el elemento de custodia o control.

Teniendo en cuenta la importante metamorfosis que ha experimentado el concepto de tortura en el derecho penal internacional, plasmada en el ECPI, la jurisprudencia que desarrolle la CPI en materia de tortura y otros tratos será de gran importancia *vis-à-vis* una nueva interpretación de estos crímenes y de su coherencia en cuanto a una concepción diferenciada de la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra (más allá de los elementos contextuales).

La eliminación del requerimiento “oficial” del sujeto activo en la tipificación del ECPI, no solo con relación a los crímenes de guerra sino también a los crímenes de lesa humanidad, es un avance importante cuya influencia en el derecho internacional de los derechos humanos no puede quedar indiferente, más aun cuando la tradicional visión de responsabilidad estatal exclusiva por violaciones a derechos humanos va perdiendo fundamento ante la creciente participación activa de sujetos de carácter no estatal en el escenario internacional (también en tiempos de paz).

La recíproca influencia entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, reflejo de la cual el caso de la tortura (y los otros tratos) es por demás elocuente —como puede haberse advertido—, suscita la interrogante respecto a la pertinencia y la coherencia de mantener el concepto de tortura dependiente del contexto particular de su comisión. Esta es una interrogante de dimensiones particulares en el ámbito de criminalización de la tortura y de cara a los procesos de implementación, en particular respecto a la pertinencia de homogeneizar, al margen de los elementos contextuales, los elementos constitutivos de la tortura como crimen de lesa humanidad, de guerra y delito ordinario y, en última instancia, la noción de tortura.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: “May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008; en español en *Terrorismo, tortura y derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier, 2009.
- ANDERSON, Kirsten: “How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?”, 7 *Melbourne Journal of International Law*, 2006.
- BURCHARD, Christoph: “Torture in the Jurisprudence of the *Ad hoc* Tribunals. A Critical Assessment”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008.
- CANOSA USERA, Raúl: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006.

- CULLEN, Anthony: "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights", 34 *California Western International Law Journal*, 2003.
- D'AMATO, Anthony: "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens", 6(1) *Connecticut Journal of International Law*, 1990.
- DDAMULIRA, Jamil Mujuzi: "The History of Torture Jurisprudence in the Inter-American Regional Human Rights System: 1948-2005", 13(1) *East African Journal of Peace & Human Rights*, 2007.
- DÖRMANN, Knut: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge (RU): ICRC, 2003.
- GAETA, Paola: "When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?", 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana: "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 4(2) *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.
- HUERTAS DÍAZ, Omar, et al. (comps.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia e Ibáñez, 2005.
- LANTRIP, Julie: "Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", 5(55) *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1999.
- LORD, Rachel: "The Liability of Non-State Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", 4(1) *Melbourne Journal of International Law*, 2003.
- MARTIN, Claudia, y Diego RODRÍGUEZ-PINZÓN: *La prohibición de la tortura y los malos tratos en el sistema interamericano. Manual para víctimas y sus defensores* (traducción de L. Vilás Costa), OMCT, Serie Manuales, vol. 2, 2006.
- SIVAKUMARAN, Sandesh: "Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: the Actor and the *Ad hoc* Tribunals", 18 *Leiden Journal of International Law*, 2005.

WAUTERS, Jasper: "Torture and Related Crimes. A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998.

WOUTERS, Kees: "Editorial: How Absolute is the Prohibition of Torture?", 8(1) *European Journal of Migration and Law*, 2006.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Bámaca Velásquez contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Corte IDH (serie C, n.º 70).

Bayarri contra Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, Corte IDH (serie C, n.º 187).

Blake contra Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, Corte IDH (serie C, n.º 36).

Bueno Alves contra Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Corte IDH (serie C, n.º 164).

Caballero-Delgado y Santana contra Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995, Corte IDH (serie C, n.º 22).

Caesar contra Trinidad y Tobago, sentencia de 11 de marzo de 2005, Corte IDH (serie C, n.º 123).

Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, Corte IDH (serie C, n.º 69).

Castillo Páez contra Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 34).

Castillo Petruzzzi y Otros contra Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, Corte IDH (serie C, n.º 52).

De la Cruz Flores contra Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 115).

Gangaram Panday contra Suriname, sentencia de 21 de enero de 1994, Corte IDH (serie C, n.º 16).

Godínez Cruz contra Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte IDH (serie C, n.º 5).

Gómez Paquiyari contra Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 110).

Gonzales y Otras (Campo Algodonero) contra México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Corte IDH..

Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, sentencia de 21 de junio de 2002, Corte IDH (serie C, n.º 94).

Humberto Sánchez contra Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003, Corte IDH (serie C, n.º 99).

Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 33).

Lori Berenson Mejía contra Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 119).

Maritza Urrutia contra Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Corte IDH (serie C, n.º 103).

Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, sentencia de 29 de abril de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 105).

Paniagua Morales y Otros contra Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte IDH (serie C, n.º 37).

Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 35).

Tibi contra Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 114).

Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte IDH (serie C, n.º 4).

Villagrán Morales et al. contra Guatemala (“Niños de la Calle”), sentencia de 19 de noviembre de 1999, Corte IDH (serie C, n.º 63).

19 Comerciantes contra Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 109).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A contra Reino Unido, sentencia de 23 de septiembre de 1998, Appl. n.º 25599/94.

HLR contra Francia, sentencia de 29 de abril de 1997, Appl. n.º 24573/93.

Irlanda contra Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, Appl. n.º 5310/71.

Kurt contra Turquía, sentencia de 25 de mayo de 1998, Appl. n.º 24276/94.

Selmouni contra Francia, sentencia de 28 de julio de 1999, Appl. n.º 25803/94.

Soering contra Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989, Appl. n.º 1403888.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići), sentencia de primera instancia, caso n.º IT-96-21-T, de 16 de noviembre de 1998.

Prosecutor v. Blaškić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000.

Prosecutor v. Brdanić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-99-36-T, de 1 de septiembre de 2004.

Prosecutor v. Furundžija, sentencia de Primera Instancia, caso n.º IT-95-17A-T, 10 de diciembre de 1998.

Prosecutor v. Krnojelac, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-97-25-T, de 15 de febrero de 2002.

Prosecutor v. Kunarac et al, sentencia de apelación, caso n.º IT-96-23 - IT-96-23A-A, de 20 de junio de 2002.

Prosecutor v. Kunarac et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-96-23-T IT-96-23A-T, de 22 de febrero de 2001.

Prosecutor v. Kvočka et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-98-301-T, de 2 de noviembre de 2001.

Prosecutor v. Martić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-11-T, de 12 de junio de 2007.

Prosecutor v. Simić et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-9-T, de 17 de octubre de 2003.

Prosecutor v. Tadić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-94-1-T, de 7 de mayo de 1997.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, sentencia de primera instancia, caso n.º TPIR-96-4-T, de 2 de septiembre de 1998.

Corte Penal Internacional

Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, decisión de confirmación de los cargos, caso n.º ICC-01/04-01/07, Sala de Cuestiones Preliminares I, 26 de septiembre de 2008.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, decisión de confirmación de los cargos, caso n.º ICC-01/05-01/08, Sala de Cuestiones Preliminares II, 15 de junio de 2009.

EL CONCEPTO DE IMPUNIDAD: LEYES DE AMNISTÍA Y OTRAS FORMAS ESTUDIADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Javier Dondé Matute

RESUMEN. En el presente artículo se analizan las sentencias en las cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre los mecanismos que adoptan los Estados para generar impunidad, en contravención a la obligación de investigar, procesar y sancionar violaciones a los derechos humanos y el respeto al derecho a la verdad. Se comienza con el concepto de impunidad adoptado por la Corte Interamericana y se estudian los alcances de diversas medidas que generan inmunidad según sus criterios, como leyes de amnistía, plazos de prescripción y comisiones de la verdad. El estudio es descriptivo, pero no pasa por alto la necesidad de criticar lo limitado de los criterios adoptados. Al parecer solamente por la vía penal se puede dar cumplimiento a estas obligaciones, por lo que se descartan otras opciones viables.

ABSTRACT. This article analyses the judgments in which the Inter-American Court of Human Rights has decided on the different mechanisms adopted by the states to ensure impunity in breach of its duty to investigate, prosecute and punish human rights violations and uphold the right to the truth. It takes the concept of impunity as adopted by the Court and studies the significance of the different measures that appear to create immunity: amnesty laws, statutes of limitations and truth commissions. This descriptive study does not overlook the need to criticise the limited nature of the criteria which have been adopted. It appears that criminal proceedings are the only way to fulfil these obligations and that other viable options are dismissed.

En las siguientes líneas se explicará la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con respecto al concepto de impunidad y las formas que desde la jurisprudencia de este tribunal regional la generan.

Como la base de este estudio es la jurisprudencia de la Corte IDH, es inevitable que la metodología empleada sea la del método de casos. Así, se enfatizarán las diferencias y similitudes fácticas que se presentan ante el tribunal para establecer el criterio adoptado por este. Igualmente, no se abordarán todos los asuntos en los que la Corte IDH haya detectado alguna circunstancia que genere impunidad, sino aquellos que se consideran más emblemáticos o representativos de su postura. Del mismo modo, se tomarán en cuenta los casos límite que se detecten.¹

Es preciso hacer notar desde el principio que la doctrina ha aceptado que ciertas figuras que extinguen la pretensión punitiva estatal pueden ser compatibles con la justicia penal internacional, en particular con el Estatuto de Roma (ECPI) de la Corte Penal Internacional (CPI), en ciertos casos y sujetas a ciertas condiciones.² Sin embargo, la propia Corte IDH ha empleado criterios de otros tribunales de derechos humanos para establecer, mediante lo que ha denominado *jurisprudential cross-fertilization*,³ sus propios principios. Esto hace especialmente importante establecer estos criterios para el futuro empleo de la CPI.

Así, en el primer apartado de este artículo se empieza describiendo el concepto de impunidad que ha desarrollado la Corte IDH. Este es un tema íntimamente ligado al de la obligación de investigar, procesar y sancionar violaciones a los derechos humanos, por lo que inevitablemente habrá aspectos en común. Sin embargo, el objetivo de este apartado será establecer el concepto y la aplicación que se le ha dado en diversos casos de la

¹ En este sentido se replica el modelo metodológico empleado en Javier Dondé Matute: *El principio de legalidad penal: perspectivas de derecho nacional e internacional*, México: México Universitario y J. M. Bosch, 2007.

² Véase Kai Ambos: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008, colección Monografías jurídicas n.º 12, pp. 120-161; William W. Burke-White: "Reframing Impunity, Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation", en *Harvard International Law Journal*, vol. 42, n.º 2, verano 2001, pp. 467-533; Roman Boed: "The Effect of a Domestic Amnesty in the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", en *Cornell International Law Journal*, vol. 33, 2000, pp. 297-329; Carsten Stahn: "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, pp. 680-695; Drazen Dukic: "Transitional Justice and the International Criminal Court", en *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n.º 867, septiembre de 2007, pp. 691-718; Diba Majzub: "Peace or Justice? Amnesties and the International Criminal Court", en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, 2002, pp. 247- 279; Yasmin Naqvi: "Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition", en *International Review of the Red Cross*, vol. 85, n.º 851, septiembre de 2003, pp. 583-626. Cf. Toni Pfanner: "Cooperation between truth commissions and the International Committee of the Red Cross", en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 862, junio de 2006, pp. 363-373, que considera que la prohibición de amnistías para crímenes de guerra es absoluta.

³ La propia Corte IDH ha reconocido esta práctica; véase *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154 (voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade), § 26-28.

Corte IDH, de los cuales se desprenden distintos hechos. Del mismo modo, se pretende ubicar el alcance del concepto y muy particularmente los efectos que la impunidad ha ocasionado según la experiencia de la Corte IDH.

Una vez establecido lo anterior, se estudiarán las amnistías, por ser consideradas generadoras de impunidad. Esta figura ha despertado mucha polémica en materia de derechos humanos y sobre ella la Corte IDH ha fijado ya su postura. Es de especial interés establecer cuál es la relación entre las amnistías, las comisiones de la verdad y la justicia penal internacional.

En el último apartado se verán otras formas que la Corte IDH ha considerado como generadoras de impunidad. Se trata de la prescripción, la cosa juzgada fraudulenta y la garantía de tribunal competente, independiente e imparcial. A pesar de que los indultos pueden generar impunidad, como se verá, la Corte IDH no ha abordado el tema, por lo menos en este contexto. Sin embargo, en un esfuerzo por hacer un trabajo exhaustivo, se describirá lo que ha dispuesto al respecto en sus criterios jurisprudenciales.

Con lo anterior se buscará establecer de forma sistemática cuál es la postura de la Corte IDH en materia de impunidad y las figuras que la provocan, con miras a definir un criterio de *jurisprudential cross-fertilization* que pudiera ser de utilidad para la CPI.

1 • Concepto de impunidad. Sus alcances y efectos

La Corte IDH ha analizado el tema de la impunidad desde sus primeros casos, lo cual le ha permitido elaborar una jurisprudencia abundante. Destaca entre estos primeros casos el de la *Panel blanca*, en el que se comprobó que agentes del Estado habían cometido detenciones arbitrarias, tortura, secuestros y ejecuciones extrajudiciales.⁴ Además de la comisión de estas conductas violatorias de derechos humanos, la Corte IDH se pronunció sobre la inactividad de los propios órganos estatales señalando lo siguiente:

La Corte constata que en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado

⁴ Caso *Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, serie C, n.º 37, sentencia del 8 de marzo de 1998 (fondo), § 89.a.

tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.⁵

Y posteriormente aclaró:

La Corte considera, con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que Guatemala está obligada a organizar el Poder Público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, como también lo preceptúa su Constitución Política vigente (Título I, Capítulo Único). Lo anterior se impone independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, particulares, o grupos de ellos.⁶

Así, aunque el caso de la *Panel blanca* no es el primer asunto en el que la Corte IDH tuvo que resolver lo relativo a la falta de actividad de un Estado,⁷ es el primero en el cual se elaboró un concepto de impunidad y se estableció la obligación del Estado de sancionar las violaciones de derechos, tomando como fundamento jurídico el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).⁸

De todas las acciones que está obligado a realizar el Estado para evitar la impunidad en la violación a los derechos humanos, la única que ha sido objeto de una aclaración ulterior es la *investigación*. Esta debe llevarse a cabo:

[...] con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.⁹

El concepto de impunidad ha sido desarrollado posteriormente, en razón de las nuevas circunstancias que se han ido presentando ante la Corte IDH. En este sentido, es importante analizar el caso *Castillo Páez*, pues en él se introduce el concepto de *derecho a la verdad*. Este es un caso de desaparición forzada de personas en el cual se consideró

⁵ *Ibidem*, § 173.

⁶ *Ibidem*, § 174.

⁷ Véase el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, serie C, n.º 4, sentencia del 29 de julio de 1988 (fondo).

⁸ Véase también el caso *Castillo Páez contra Perú*, serie C, n.º 43, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), § 106-107. Hay un vínculo entre el derecho a un recurso efectivo (artículo 1.1 de la CADH y la impunidad).

⁹ Véase el caso *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros contra Guatemala)*, serie C, n.º 63, sentencia del 19 de noviembre de 1999, § 226.

que las investigaciones del Estado deberían estar encaminadas a encontrar el cuerpo e informar a los familiares qué fue lo acontecido. El párrafo relevante indica:

En relación con las violaciones a la Convención Americana anteriormente citadas, la Corte considera que el Estado peruano está obligado a investigar los hechos que las produjeron. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, *subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos*. Corresponde por tanto al Estado, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance. A ese deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas. Tales obligaciones a cargo del Perú se mantendrán hasta su total cumplimiento.¹⁰

Por otro lado, es importante hacer notar que el concepto de impunidad y sus subsecuentes violaciones a la CADH han sido aplicados también en el contexto de un conflicto armado no internacional. En el caso *Bámaca Velásquez*, la Corte IDH identificó la existencia de un conflicto armado no internacional.¹¹ Igualmente comprobó la existencia de prácticas llevadas a cabo por el ejército que englobaban reclusiones clandestinas, torturas y ejecuciones.¹² La víctima fue sujeta a estas prácticas, que constituyeron desaparición forzada de personas y otras violaciones a los derechos humanos, además de violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.¹³ De esta manera se puede señalar que la postura de la Corte IDH es que el concepto de impunidad expresado desde el caso de la *Panel blanca* es aplicable a asuntos que conlleven violaciones al derecho internacional humanitario,¹⁴ por lo menos en la medida en que coincidan con violaciones a derechos humanos según su competencia.¹⁵

¹⁰ Caso *Castillo Páez contra Perú*, serie C, n.º 34, sentencia del 3 de noviembre de 1997 (fondo), § 90 (citas omitidas, cursivas del autor).

¹¹ Caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, serie C, n.º 70, sentencia del 25 de noviembre de 2000 (fondo), § 121 b).

¹² *Ibidem*, § 121.f y 131.

¹³ *Ibidem*, § 207-208.

¹⁴ Los hechos probados por la Corte IDH constituyen diversas violaciones al derecho internacional humanitario, como se desprende del texto del artículo 3 común, que señala los siguientes:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

¹⁵ *Ibidem*, § 208.

En casos posteriores la Corte IDH ha detallado qué circunstancias o falta de acciones serán consideradas fomentadoras de impunidad. En un primer momento se desarrolló la idea de que la falta de tipificación contribuye a la impunidad. En efecto, en el caso *Trujillo Oroza* la Corte IDH estableció que la falta de tipificación de la desaparición forzada de personas en el ámbito interno contribuye a la impunidad, al constituirse como un obstáculo para el “desarrollo del proceso efectivo”.¹⁶

Esta idea se ha desarrollado posteriormente con mayor precisión. En el caso *Heliodoro Portugal* se aclaró que solamente el tipo penal de desaparición forzada de personas incluye una protección de bienes jurídicos integrales, mientras que las figuras análogas solo protegen la vida, la integridad corporal y la libertad de forma aislada, por lo que no son suficientes para describir el fenómeno en su totalidad. Adicionalmente, figuras como el secuestro y el homicidio están sujetas a plazos de prescripción, lo cual fomenta la impunidad.¹⁷

En el mencionado caso *Trujillo Oroza* la Corte IDH identificó cuatro aspectos concretos que provocaron que fallara la investigación de la desaparición forzada y se generara impunidad:

La Corte observa que en el presente caso cuatro circunstancias han sido los principales obstáculos para lograr una efectiva investigación de los hechos que afectaron al señor José Carlos Trujillo Oroza y la sanción de los responsables, a saber: a) el transcurso del tiempo; b) la falta de tipificación del delito de desaparición forzada; c) la aplicación de la prescripción de la acción en el proceso penal, y d) las irregularidades cometidas en la tramitación del proceso penal.

Entonces, existen cuatro posibles causas que podrían generar, en términos generales, impunidad. Entre las omisiones legislativas se encuentran la falta de tipificación y la prescripción. Causas imputables a los aparatos de investigación y proceso penal son el transcurso del tiempo e irregularidades detectadas durante el proceso.

En casos subsecuentes la Corte IDH ha identificado otro tipo de situaciones concretas que también han fomentado la impunidad. Entre ellas la más común parece ser la dilación indebida de las investigaciones y/o procesos penales. En efecto, en el caso

¹⁶ Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de febrero de 2002, serie C, n.º 92, § 97.

¹⁷ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, n.º 186, § 183.

Juan Humberto Sánchez, en el cual habían transcurrido 10 años desde la detención, tortura y ejecución de la víctima, la Corte IDH señaló:

[...] se ha configurado una situación de grave impunidad en relación con los respectivos hechos, situación que constituye una infracción del deber del Estado al que se ha hecho referencia, lesiona a la víctima, a sus familiares y al conjunto de la sociedad y *propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata*.¹⁸

Así, la Corte IDH identifica la relación entre impunidad y dilación indebida. Se trata de la percepción que provoca la imagen de que las violaciones a los derechos humanos no son sancionadas. Cuando no hay investigación, proceso o sanción, los agentes estatales y los particulares restan importancia a estas violaciones, de tal manera que tienden a repetirse.

Por otro lado, en el caso *Caracazo* una serie de disturbios provocó que el Estado suspendiera garantías individuales para hacer frente a la situación de emergencia. Sin embargo, en ese contexto se verificaron desapariciones forzadas de personas y ejecuciones extrajudiciales, así como otras instancias de uso ilegítimo de la fuerza pública.¹⁹ La Corte IDH estableció en este caso que el “ocultamiento y destrucción de evidencia” encaminado a encubrir el uso desproporcionado de la fuerza durante los disturbios que dieron pie a la suspensión de garantías es una manera de “asegurar la impunidad”.²⁰ Identificó asimismo otras causas concretas que generaron impunidad:

La Corte observa que en este caso se han configurado varias circunstancias imputables al Estado que han obrado como obstáculos para la investigación de los hechos, y la identificación y sanción de los responsables, a saber: a) la falta de voluntad y de compromiso de las autoridades competentes para asumir los respectivos procesos penales en las jurisdicciones ordinaria y militar, que se tradujo en numerosas irregularidades y en dilaciones injustificadas; b) la falta de acceso de las víctimas, sus familiares o sus representantes a las investigaciones y procesos penales en razón de la llamada “reserva sumarial”; y c) la utilización de fosas comunes y la posterior negación de su existencia por parte de las autoridades.²¹

¹⁸ Caso *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, n.º 99, § 185 (cursivas del autor).

¹⁹ Caso *Caracazo contra Venezuela*, reparaciones y costas, sentencia del 29 de agosto de 2002, serie C, n.º 95, § 66.

²⁰ *Ibidem*, § 66.4.

²¹ *Ibidem*, § 116.

En este caso en particular, la Corte IDH determinó que el ocultamiento de evidencia se dio principalmente a través de la inhumación de las víctimas en fosas comunes, lo que impidió identificarlas y seguir con los procesos penales.²²

Otro caso en el cual la Corte IDH ha detallado las acciones que provocan la impunidad es el de la *Comunidad Moiwana*, relativo a la masacre en una aldea de la sociedad N'djuka. Al tratarse de un caso de ejecuciones extrajudiciales, la Corte IDH consideró que una forma importante de combatir la impunidad es a través de la realización de distintas diligencias necesarias durante la investigación, las cuales retomó del *Manual de las Naciones Unidas sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias*.²³

Este es un buen parámetro para aquellos casos en los cuales existan procedimientos predeterminados para la investigación de violaciones a derechos humanos o crímenes internacionales. En este mismo sentido, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo de Estambul) puede emplearse en los casos correspondientes.

Adicionalmente, la Corte IDH señaló que, además de fomentar la impunidad, el ocultamiento de cadáveres es una “fuente particular de humillación y sufrimiento para sus familiares”.²⁴ Esta consecuencia se consideró especialmente gravosa cuando están de por medio ciertos derechos comunitarios. En el caso de la *Comunidad Moiwana* se hizo hincapié en que la impunidad había provocado que los miembros de la comunidad tuvieran temor de regresar a sus tierras, además de que su credo fue afectado pues consideran que “solo cuando se haga justicia serán capaces de aplacar los espíritus enfurecidos de sus familiares fallecidos, purificar su tierra y regresar allí sin ansiedad por la posibilidad de sufrir mayores hostilidades”.²⁵

En el caso *Myrna Mack Chang*, también sobre ejecuciones extrajudiciales, se identificaron acciones que fomentaron la impunidad.²⁶ Este asunto se caracteriza por una serie de medidas que buscaban intimidar y atemorizar a investigadores, policías jueces

²² *Ibidem*, § 66 y 117.

²³ Caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 149 y 208.

²⁴ Caso del *Caracazo contra Venezuela*, reparaciones y costas, cit., § 121.

²⁵ Caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, cit., § 86.43.

²⁶ Es interesante notar que la Corte IDH describe una política estatal de ejecuciones que se asemeja mucho a lo que en el ECPI se define como *ataque contra la población civil*; es decir, entra en un análisis muy similar al que tendrá que enfrentar la CPI para determinar crímenes de lesa humanidad. Véase el caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, § 138-158.

y testigos. El resultado del acoso fue que muchos de ellos optaron por el exilio.²⁷ Tales acciones se realizaron con el propósito de que estas autoridades desistieran de sus funciones en el esclarecimiento de los hechos.²⁸ Inclusive, la Corte IDH encontró que, con la finalidad de encubrir la ejecución inicial, se había llevado a cabo el asesinato de dos investigadores.²⁹

Además, de las formas particulares empleadas por el Estado para fomentar la impunidad, este caso reviste importancia por dos aspectos adicionales, que lo distinguen de otros precedentes. En primer lugar, los hechos motivo del presente asunto fueron materia de la investigación llevada adelante por la Comisión de Esclarecimiento Histórico, además de los procesos penales iniciados. En efecto, esta sentencia basa la aclaración de varios hechos relacionados en el informe de la Comisión.³⁰ Desafortunadamente, la Corte IDH no analizó la relación entre el trabajo de esta comisión de la verdad y los procesos penales, el concepto de impunidad y el propio derecho a la verdad.³¹

Por el contrario, hay párrafos en los cuales se enfatiza la necesidad de tener procesos penales confiables para conocer lo acontecido. A manera de ejemplo se cita el siguiente:

En el capítulo sobre hechos probados se demostró la falta de diligencia y voluntad de los tribunales de justicia para impulsar el procedimiento penal *tendiente a esclarecer todos los hechos de la muerte de Myrna Mack Chang y sancionar a todos los responsables*. El Tribunal no entrará a analizar aquí cada una de las actuaciones de los tribunales que carecieron de la debida diligencia (pedidos de amparo, inconstitucionalidad, recusaciones, incidentes, incompetencias, nulidades, *pedidos de acogerse a la Ley de Reconciliación Nacional, entre otros*), pero a manera de ejemplo hará alusión únicamente al uso de las acciones de amparo, cuya interposición y trámite llevó a los conductores del proceso penal a incurrir en notorias dilaciones en el presente caso. Valga recordar lo señalado expresamente por el Estado en el informe de 29 de mayo de 2001, que dirigió a la Comisión Interamericana, en el cual expresó que “[e]l gobierno de Guatemala reconoce que han existido vicisitudes procesales, derivadas en parte

²⁷ *Ibidem*, § 183-186.

²⁸ *Ibidem*, § 198.

²⁹ *Ibidem*, § 134.95; véase también el caso de la *Masacre de La Rochela contra Colombia*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, n.º 163, § 103. Para un ejemplo dentro de la serie de casos derivados del paramilitarismo en Colombia.

³⁰ *Ibidem*, § 144, 146, 146, 148-166.

³¹ A pesar de que la Corte IDH no ha analizado con profundidad el papel de las comisiones de la verdad, es interesante notar que utiliza con frecuencia sus informes para reconstruir los hechos imputados al Estado. Al respecto véanse los casos *Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 197.3-197.7; *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, loc. cit., § 81.1-81.9, y *Heliodoro Portugal contra Panamá*, loc. cit., § 84-92.

por uso excesivo de recursos procesales pero que deben ser respetadas por el Gobierno y las autoridades [...].³²

En este párrafo, se señala como punto fundamental que las dilaciones procesales contribuyeron a la ineffectividad de los procesos penales y, por ende, a la impunidad, pero también a la carencia de esclarecimiento de los hechos. Resulta interesante que la Corte IDH haya mencionado que los periodos para acogerse a los beneficios de la Ley de Reconciliación Nacional se vean como una forma de dilación indebida; sin embargo, este asunto deberá analizarse en el contexto de las amnistías. En lo que aquí atañe, debe destacarse que la postura de la Corte IDH es que las comisiones de la verdad cumplen solo de manera parcial con la obligación de desentrañar la verdad y que no constituyen un sustituto adecuado para los procesos.³³

El segundo aspecto relevante de este caso es que la Corte IDH reconoció que por lo menos uno de los autores materiales de la muerte de Myrna Mack fue condenado. Sin embargo, las tácticas dilatorias y de intimidación fueron diseñadas para sustraer de la acción penal a otros autores materiales, intelectuales partícipes y encubridores; es decir, a “todas las personas responsables penalmente de los hechos antijurídicos objeto de demanda”.³⁴ Esto lleva a la conclusión de que las investigaciones y los procesos penales deben ser exhaustivos, y de que seguirá habiendo impunidad mientras haya responsables que no sean investigados, procesados y sancionados. Además, esta postura incluye a quienes hayan realizado el encubrimiento (en el caso particular a través de las intimidaciones y los asesinatos ulteriores) que se vincula con la impunidad generada.

La exhaustividad de las investigaciones no solo implica a las personas que pudieron haber participado en los hechos, sino los delitos materia de la imputación. En el caso del *Penal Miguel Castro y Castro* se estudió una masacre durante un operativo en ese centro de reclusión, donde estaban encarcelados hombres y mujeres opositores del régimen,³⁵ y las subsecuentes conductas consideradas como tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes sobre los internos sobrevivientes.³⁶ En este caso, la Corte IDH consideró que la responsabilidad penal del entonces presidente Alberto Fujimori era incompleta, pues

³² Caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, loc. cit., § 203 (cursivas del autor).

³³ Véase el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, loc. cit., § 150: “[...] la Corte considera pertinente precisar que la ‘verdad histórica’ contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales”.

³⁴ Caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, loc. cit., § 217.

³⁵ Caso *Penal Miguel Castro contra Perú*, loc. cit., § 197.18-197.40.

³⁶ *Ibidem*, § 197.41-197.59.

solamente se le había iniciado un proceso por homicidio, dejando a un lado las demás conductas que también constituyen violaciones a los derechos humanos.³⁷

Todos los casos anteriores apuntan a la necesidad de llevar a cabo procesos penales para combatir la impunidad y evitar las consecuencias que esta genera. Sin embargo, la Corte IDH ha llegado al extremo de destacar la inoperancia de las medias de carácter civil. En el caso *Comunidad Moiwana*, ya mencionado, el Estado señaló que las víctimas y sus familiares habían tenido abierta la posibilidad de iniciar procesos de carácter civil para lograr la reparación del daño causado.³⁸ Sin embargo, la Corte IDH replicó:

[...] eventualmente, las acciones civiles pueden servir como medio para reparar parcialmente las consecuencias de las violaciones de derechos humanos sufridas por los miembros de la comunidad, realizadas por agentes del Estado y sus colaboradores. Sin embargo, se encuentra probado así como expresamente reconocido por Suriname, que agentes estatales estuvieron involucrados en el ataque del 29 de noviembre de 1986 en el que murieron al menos 39 residentes indefensos de la aldea de Moiwana —entre los cuales había niños, mujeres y ancianos— y muchos otros resultaron heridos. De esta manera, los hechos muestran múltiples ejecuciones extrajudiciales; en tal situación, la jurisprudencia del Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva.³⁹

De esta forma queda claro que no son aceptables otro tipo de medidas, no penales, como sustituto del ejercicio de la responsabilidad penal. Ahora bien, el texto parece limitar esta postura a los casos de ejecuciones extrajudiciales, aunque no se advierte motivo alguno para que no se haga extensiva esta argumentación a otros crímenes internacionales, como tortura y desapariciones forzadas, o violaciones a los derechos humanos consideradas igualmente graves.

Las consideraciones anteriores tuvieron una relevancia especial en los casos que empezaron a llegar a la Corte IDH relativos a la Operación Cóndor y las acciones de las dictaduras militares de Sudamérica. Un caso emblemático es *Goiburú*, en el cual se analizaron las prácticas sistemáticas de violaciones a los derechos humanos en Paraguay durante la dictadura de Stroessner.⁴⁰

³⁷ *Ibidem*, § 393.

³⁸ Caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, loc. cit., § 144.

³⁹ *Ibidem*, 145 (citas omitidas).

⁴⁰ Caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 62-64.

Es importante sentar de inicio que el Estado paraguayo tomó medidas para dar respuesta a las violaciones masivas de derechos humanos, principalmente a través de la ley 838/96, en la cual se preveía una indemnización estatal a las víctimas de violaciones de derechos humanos por motivos políticos. Igualmente, se promulgó la ley 2225, en virtud de la cual se creó la Comisión de la Verdad y Justicia, con la finalidad de esclarecer lo ocurrido y proponer medidas para evitar la repetición de esos hechos. Estas medidas fueron bien vistas por la Corte IDH:

Estas leyes reflejan una voluntad de investigar y reparar determinadas consecuencias perjudiciales de lo que el Estado reconoce como graves violaciones de derechos humanos perpetradas en forma sistemática y generalizada. Es de reconocer, en este mismo sentido, que el Estado se haya abstenido de dictar leyes de amnistía y que haya reconocido en su propia Constitución Nacional de 1992 la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes contra la humanidad.⁴¹

No obstante, la Corte IDH identificó diversos aspectos que causaban la impunidad imperante en Paraguay. Se comprobaron algunos criterios previamente sustentados, como la falta de tipificación de violaciones de derechos humanos, en particular desaparición forzada de personas. Sin embargo, a lo sustentado en casos como *Trujillo Oroza* se agregó que la tipificación debe estar acompañada de otras características, como la autonomía del crimen, así como su carácter permanente (en esta oportunidad no se hizo referencia a la imprescriptibilidad del crimen).⁴²

Con todo, la Corte IDH reconoció que la impunidad no fue total, pues a pesar de que el Estado no contaba con los tipos penales adecuados de detenciones arbitrarias, tortura y desaparición forzada conforme al derecho internacional, se iniciaron procesos por figuras análogas. En todo caso, la impunidad, en estos casos deriva de la falta de inclusión de elementos típicos que evidencien la gravedad de las conductas y la sistematicidad con las que se llevaron a cabo.⁴³ En efecto, no iniciar procesos por estas figuras ha coadyuvado a que se oculte la responsabilidad de los agentes estatales de más alto nivel y

⁴¹ *Ibíd.*, § 68.

⁴² *Ibíd.*, § 83. Las consecuencias de que la desaparición forzada de personas sea permanente tienen relevancia en el ámbito de la prescripción, lo que se abordará en la sección correspondiente. Véase también el caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, n.º 186, § 176-208.

⁴³ Caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, loc. cit., § 92.

constituye un obstáculo para la “reconstrucción de la memoria histórica y la imperante necesidad de que hechos similares no se vuelvan a repetir”.⁴⁴

En este caso también se amplió la negativa de considerar las reparaciones civiles como un sustituto adecuado para las violaciones a los derechos humanos. Así, se criticó la ley 838/96, por la cual se establece un mecanismo de reparación del daño a víctimas de violaciones a derechos humanos durante la dictadura, pero cuyo funcionamiento depende de que las víctimas o sus familiares inicien la reclamación.⁴⁵

Un aspecto que resulta enteramente novedoso se refiere a la extradición. La Corte IDH consideró que parte de las acciones que tiene que realizar un Estado para combatir la impunidad es solicitar la extradición de las personas investigadas.⁴⁶ En el caso particular, la extradición fue vista como un instrumento jurídico relevante, pues el propio Stroessner se había refugiado en Brasil, por lo que este procedimiento resultaba indispensable para llevar a cabo los procesos en los niveles más altos del régimen militar paraguayo.

Al respecto, la Corte hizo notar que las autoridades judiciales habían incurrido en una demora injustificada en solicitar la detención para fines de extradición y la extradición misma. En la parte relevante señaló:

[...] los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos —constituyendo ambos crímenes contra la humanidad— lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores.⁴⁷

⁴⁴ *Ibíd.*, § 93.

⁴⁵ *Ibíd.*, § 122.

⁴⁶ Véase el caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171, § 17. Este mismo principio se reiteró en un caso de negligencia médica en un hospital privado.

⁴⁷ Caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, loc. cit., § 128.

Además de lo anterior, la Corte IDH parece abrir la puerta para declarar una omisión de los estados requeridos. Por la relevancia vale pena transcribir los párrafos del *díctum*:

De manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales —del Estado— y particulares —penales de sus agentes o particulares—, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.⁴⁸

A lo que agrega:

En tales términos, la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines por lo que la Corte considera pertinente declarar que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en este caso, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Además, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del presente caso.⁴⁹

Del razonamiento de la Corte IDH se puede deducir que el combate a la impunidad por violaciones sistemáticas a los derechos humanos es una obligación *erga omnes* que alcanza a todos los estados. En el contexto de la extradición, esto se traduce en que los estados que albergan a personas investigadas por este tipo de crímenes tienen una obligación, derivada de la propia CADH, de cooperar con las autoridades que buscan

⁴⁸ *Ibidem*, § 131 (citas omitidas)

⁴⁹ *Ibidem*, § 132 (citas omitidas).

procesar a estas personas. Lo intrigante de estas afirmaciones es que la Corte IDH parece exigirles a los estados la entrega de estas personas a cualquier costa. Esta afirmación nos llevaría a la conclusión de que los procesos de extradición pudieran percibirse como un obstáculo para el enjuiciamiento de quienes hayan violado derechos humanos. En casos más recientes como *Heliodoro Portugal*, la Corte IDH reconoció, a la par de la extradición, una obligación genérica de colaboración judicial en la sanción de violaciones a derechos humanos.⁵⁰

Lo peligroso de esto es que el propio proceso de extradición tiene la finalidad de hacer valer diversos derechos del extraditabile, por lo menos en cuanto al cumplimiento del principio *ne bis in idem*,⁵¹ la no imposición de la pena de muerte,⁵² evitar el riesgo de que la persona sea torturada o sometida a tratos crueles⁵³ y la identificación de esta.⁵⁴ Ello sin tomar en cuenta que si el procedimiento de extradición es visto como un obstáculo, se podrían fomentar los secuestros transfronterizos.⁵⁵ Ciertamente, la Corte IDH no ha llegado a este extremo, pero es importante advertir sobre las consecuencias de continuar con esta línea de razonamiento.

En lo que corresponde al derecho a la verdad, la Corte IDH solamente señaló el valor del trabajo de la Comisión de la Verdad y Justicia y la elaboración del Archivo del Terror, como instrumentos de gran importancia histórica, pero no entró en el estudio pormenorizado de la función que cumple esta instancia y su relación con la impunidad.⁵⁶

2 • Amnistías

En el apartado anterior se hizo una breve referencia a las leyes de amnistía que la Corte IDH ha estudiado y que ha considerado instrumentos para obstaculizar el juzga-

⁵⁰ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, loc. cit., § 154.

⁵¹ Véase la Convención Interamericana sobre Extradición, artículo 4.1.

⁵² *Ibidem*, artículo 9.

⁵³ Véase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3.

⁵⁴ Véase, *mutatis mutandis*, el artículo 59.2.b del ECPI.

⁵⁵ Al respecto véase Michael J. Kelly: "Cheating Justice by Cheating Death: The Doctrinal Collision for Prosecuting Foreign Terrorists. Passage of *Aut Dedere Aut Judicare* into Customary Law & Refusal to Extradite Based On the Death Penalty", en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 20, n.º 3, 2003, pp. 491-528.

⁵⁶ Caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, loc. cit., § 169-170.

miento y causar impunidad. En este apartado se profundizará sobre este tema, de gran relevancia para la operación de la CPI.

El primer caso en que la Corte IDH entró a fondo en el análisis de las amnistías es *Barrios Altos*. Este asunto derivó de un operativo en el vecindario del mismo nombre, en el que murieron varias personas y otras quedaron lesionadas.⁵⁷ Algunos de los acusados por estos hechos se beneficiaron del decreto ley 26479, que otorgaba amnistía a los agentes de seguridad del Estado.⁵⁸

Al analizar la ley de amnistía y su compatibilidad con la CADH, la Corte IDH tomó una postura dura al señalar por primera vez:

Esta Corte considera que 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.⁵⁹

A continuación, la Corte IDH señaló que la ley de amnistía peruana violaba los derechos procesales de las víctimas y sus familiares, y que constituía un incumplimiento a la obligación de adecuar la legislación interna de conformidad con la CADH. Igualmente indicó:

Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.⁶⁰

De este caso se desprenden algunas conclusiones. En primer lugar, no se acepta medida alguna que restrinja o limite la capacidad de investigar, procesar y sancionar violaciones a los derechos humanos considerados inderogables. Esta afirmación incluye, desde luego, las amnistías. En principio este se presenta como un criterio sustantivo

⁵⁷ Caso *Barrios Altos contra Perú*, serie C, n.º 75, sentencia del 14 de marzo de 2001 (fondo), § 2.a).

⁵⁸ *Ibidem*, § 2.f.

⁵⁹ *Ibidem*, § 41.

⁶⁰ *Ibidem*, § 43.

aplicable en todo caso. Sin embargo, en su razonamiento posterior, la Corte IDH parece indicar que cualquier amnistía, sobre todo las autoamnistías, son violatorias de la CADH. Si bien señala algunas consecuencias de promulgar leyes de amnistía —como el fomento de la impunidad, la violación de las garantías procesales y la imposibilidad de conocer la verdad—, la Corte IDH no determina las características de las leyes de autoamnistía que ha tenido oportunidad de estudiar. Igualmente, no entra en un análisis del decreto ley 26479 para determinar en qué consistió concretamente la violación. Del relato de los hechos solamente se desprende que esa ley fue promulgada con mucha prisa y que beneficiaba a las “fuerzas de seguridad”.⁶¹

Consecuentemente, de este primer caso parece llegarse a la conclusión de que las amnistías en general son inaceptables para la Corte IDH.⁶²

De un estudio de la ley de amnistía en cuestión se desprende con mayor claridad por qué la Corte IDH llegó a esta conclusión. Se trata de una ley promulgada por el mismo gobierno que reconoció haber cometido los hechos en Barrios Altos y adicionalmente solo beneficia “al personal Militar, Policial o Civil”.⁶³ Lo preocupante es que la Corte IDH no hizo este análisis.

El siguiente caso relativo a las amnistías es *Myrna Mack Chang*. Si bien este no implicó analizar una ley de amnistía, ya se había hecho notar que la Corte IDH consideró que las peticiones de acogimiento a la Ley de Reconciliación Nacional de Guatemala constituían una dilación indebida del proceso penal.⁶⁴ En la sentencia no se hace un examen de la ley (ni de la comisión de la verdad que también se creó), cuyas características principales son la extinción de la responsabilidad de diversos delitos políticos y conexos relacionados con el conflicto armado acaecido en Guatemala, todos referidos a delitos del orden común.⁶⁵ Se excluyen de la extinción de responsabilidad penal diversos crímenes internacionales, como “genocidio, tortura y desaparición forzada, así como aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala”.⁶⁶ Adicionalmente se establece un procedimiento ante la Sala

⁶¹ *Ibidem*, § 2.i-j.

⁶² Véase el caso *La Cantuta contra Perú*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 167. En este otro caso en el cual se impugnaron las mismas leyes de amnistía no hay una explicación adicional, solamente una reiteración del criterio ya asentado.

⁶³ Véase la ley n.º 26479, artículos 1 y 2.

⁶⁴ Véase el caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, loc. cit., § 203.

⁶⁵ Véase el decreto n.º 145-1996, Ley de Reconciliación Nacional, 27 de diciembre de 1996, artículos 2-4.

⁶⁶ *Ibidem*, artículo 8.

de Apelaciones para determinar la procedencia de la extinción de responsabilidad.⁶⁷ A la par, se crea la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, con el propósito de diseñar “los medios encaminados a hacer posible el conocimiento y reconocimiento de la verdad histórica acerca del periodo del enfrentamiento armado interno a fin de evitar que tales hechos se repitan”.⁶⁸

La ambigüedad presentada en esta cuestión se resolvió en gran medida en el caso *Comunidad Moiwana*. En esta ocasión la Corte IDH tuvo que resolver sobre una matanza cometida en contra de los miembros de la comunidad N'djuka en la aldea de Moiwana, en el contexto de un conflicto armado no internacional provocado por un golpe militar en 1980.⁶⁹ Después de ese conflicto armado, un gobierno civil promulgó la Ley de Amnistía de 1989, cuando la milicia todavía ejercía un poder importante en el país.⁷⁰ Dicha ley excluía de su aplicación los crímenes de lesa humanidad, definidos como “aquellos crímenes que, de conformidad con el derecho internacional, se encuentran clasificados como tales”.⁷¹ Igualmente, en 1994 se reformó el Código Penal para declarar imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.⁷²

El grueso de la resolución abordó otros temas de impunidad; sin embargo, la Corte IDH hizo las siguientes reflexiones en torno a la Ley de Amnistía de 1989:

En este sentido, la Corte estima necesario reiterar sus consideraciones anteriores: en respuesta a las ejecuciones extrajudiciales que ocurrieron el 29 de noviembre de 1986, el primer remedio que el Estado debió haber aportado era una investigación y un proceso judicial efectivos y prontos, tendientes al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la compensación adecuada a las víctimas.⁷³

A continuación aclaró:

Como el Tribunal ha afirmado en repetidas ocasiones, ninguna ley o disposición interna —incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción— podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si no fuera así, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva. Este entendimiento de la

⁶⁷ *Ibidem*, artículo 11.

⁶⁸ *Ibidem*, artículo 10.

⁶⁹ Caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, loc. cit., § 86.12-86.24.

⁷⁰ *Ibidem*, § 86.14.

⁷¹ *Ibidem*, § 86.39.

⁷² *Ibidem*, § 86.41.

⁷³ *Ibidem*, § 166.

Corte es conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional. Posee especial preeminencia entre dichos principios el de *pacta sunt Servando* [sic], el cual requiere que se asegure un efecto útil de las disposiciones de un tratado en el plano del derecho interno de un Estado Parte.⁷⁴

Nuevamente, la argumentación de la Corte IDH es muy pobre. En estos párrafos se aplica el razonamiento genérico derivado de la obligación de investigar, procesar y sancionar, sin analizar concretamente la ley en cuestión. De los hechos se desprende que había suficientes elementos como para establecer que se trataba de una autoamnistía, por el poder *de facto* que todavía tenía la junta militar en Surinam. También se pudo haber razonado algo en torno a la exclusión de crímenes de lesa humanidad del alcance de dicha ley. Sin embargo, solamente se aplicaron los principios generales, sin marcar distinción alguna.

Quizá uno de los casos más emblemáticos de la Corte IDH en materia de amnistías lo constituya *Almonacid Arellano*, donde, como en casos anteriores (por ejemplo, *Goiburú*), un asunto de ejecución extrajudicial constituye la base para analizar las prácticas de una dictadura sudamericana y las soluciones que los regímenes de transición propusieron *vis-à-vis* la CADH.

Antes de entrar en el análisis de la ley 2191, por la que se otorgó amnistía, es importante señalar que la Corte IDH hizo un estudio detallado de la situación en Chile durante el régimen de Pinochet a la luz de la jurisprudencia de los tribunales de Núremberg y de la antigua Yugoslavia y de la Corte Europea de Derechos Humanos, para determinar si en el momento de los hechos, en 1973, la ejecución extrajudicial de la víctima constituía un crimen de lesa humanidad.⁷⁵

Así, la Corte IDH llegó a la conclusión de que no solamente se llenaban los requisitos que en ese momento exigía el derecho internacional, sino que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad ya era una norma de *ius cogens*, por lo que su penalización era obligatoria.⁷⁶ Esta posición se reafirmó con los estatutos de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, en 1993 y 1994, es decir, al menos cuatro años antes de que se promulgara el decreto ley 2191, por el que se otorgaba amnistía.⁷⁷

⁷⁴ *Ibidem*, § 167 (citas omitidas).

⁷⁵ Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, loc. cit., § 96-100.

⁷⁶ *Ibidem*, § 99.

⁷⁷ *Ibidem*, § 101.

De esta forma, la ejecución de *Almonacid Arellano*, quien era miembro del Partido Comunista, antagonista ideológico al régimen *de facto*, encuadraba en el patrón de torturas, desapariciones y ejecuciones que conformaban una práctica sistemática y generalizada en contra de los opositores, por lo que se trataba de un crimen de lesa humanidad.⁷⁸

Una vez establecido dicho patrón, la Corte IDH se apoyó nuevamente en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los estatutos de los tribunales ad hoc del Consejo de Seguridad y el informe del secretario general de las Naciones Unidas relativo al Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona, para determinar que la concesión de amnistías por crímenes de lesa humanidad es violatoria del derecho internacional.⁷⁹

Después de hacer esta contundente afirmación, la Corte IDH no tuvo complicaciones para considerar que el decreto ley 2191 era violatorio de la CADH pues, aunque incluía una lista de delitos no sujetos a amnistía, en ella no figuraban los crímenes de lesa humanidad. Para efectos de la argumentación es importante tener presente cómo se describió esta ley:

El artículo 1 del Decreto Ley No. 2.191 concede una amnistía general a todos los responsables de “hechos delictuosos” cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. Por su parte, el artículo 3 de ese Decreto Ley excluye de la amnistía una serie de delitos. La Corte nota que el crimen de lesa humanidad de asesinato no figura en el listado del artículo 3 del citado Decreto Ley. Así también lo entendieron las cortes chilenas que conocieron el presente caso, al aplicarlo. De igual forma, este Tribunal, aun cuando no ha sido llamado a pronunciarse en este caso sobre otros crímenes de lesa humanidad, llama la atención respecto a que tampoco se encuentran excluidos de la amnistía crímenes de lesa humanidad como la desaparición forzada, la tortura, el genocidio, entre otros.⁸⁰

En el caso particular de las leyes de amnistía, señaló:

Leyes de amnistía con las características descritas conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e

⁷⁸ *Ibidem*, § 103-104.

⁷⁹ *Ibidem*, § 105-113.

⁸⁰ *Ibidem*, § 116.

indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado.⁸¹

Como punto final a esta argumentación, la Corte IDH señaló que el decreto ley 2191 era inadmisibile, además, por constituir una autoamnistía, pues fue emitido por el propio régimen militar, lo que constituyó una razón adicional para declarar que la ley de amnistía era violatoria de la CADH.⁸²

Las conclusiones particulares del caso *Almonacid Arellano* son varias. En lo argumentativo, es de notarse el ejemplo de *cross-fertilization* al emplearse fuentes de derecho penal internacional y de derecho internacional general para alimentar la jurisprudencia de la Corte IDH. Es notorio y congruente con los criterios ya sustentados por la Corte IDH que los crímenes de lesa humanidad deben quedar fuera de toda amnistía, de conformidad con el enorme cuerpo jurisprudencial y normativo internacional, al cual se une este tribunal de derechos humanos.

Sin embargo, esto genera algunas incongruencias con los criterios previamente sustentados. Si ya había establecido que las violaciones a derechos humanos estaban exentas de amnistías, ¿por qué se vio el tribunal en la necesidad de evidenciar que se trataba de un crimen de lesa humanidad? Esto se explica en el contexto del derecho penal internacional, donde los tribunales no tienen competencia para conocer de crímenes aislados, por lo que es indispensable comprobar el contexto,⁸³ pero en el ámbito de los derechos humanos es posible pronunciarse sobre hechos aislados.

Esto a su vez genera otra duda, pues si bien la Corte IDH había sido contundente en determinar que las violaciones a los derechos humanos, especialmente aquellos considerados inderogables, no podían ser objeto de amnistía, en este caso la postura parece matizarse, de tal manera que solamente las leyes de amnistía que sean *de facto* autoamnistías, sean generales, tengan una delimitación temporal o incluyan crímenes de lesa humanidad —como desaparición forzada, tortura y genocidio— son violatorias de la CADH.

Esta línea de casos continúa con *La Rochela*, un asunto derivado de las acciones de los paramilitares en Colombia. Después de analizar con detalle y reiterar su jurisprudencia en torno a acciones y omisiones estatales que provocan impunidad,⁸⁴ la Corte IDH

⁸¹ *Ibidem*, § 119 (citas omitidas).

⁸² *Ibidem*, § 120.

⁸³ Véase el artículo 6-8 del ECPI.

⁸⁴ Caso *Masacre de La Rochela contra Colombia*, loc. cit., § 143. En este párrafo se resumen los hallazgos de la Corte IDH.

hizo algunos señalamientos en torno a la llamada Ley de Justicia y Paz. Esta ley busca otorgar ciertos beneficios penales —en particular, la aplicación de una pena reducida (llamada alternativa)— a cambio de que los paramilitares participen en los procesos de desmovilización y contribuyan a reparar el daño causado a las víctimas.⁸⁵ Es importante mencionar que la Corte Constitucional colombiana ya determinó que no se trata de una ley de amnistía o indulto, por cuanto no impide que se lleven adelante procesos penales ni elimina penas impuestas, sino que se trata de una ley que regula un beneficio penal.⁸⁶

No obstante, la Corte IDH no se pronunció directamente sobre el contenido y el alcance de esta ley, por considerar que, si bien podría ser aplicable a los hechos de *La Rochela*, no había todavía una aplicación directa. Por otro lado, las partes solicitaron a la Corte IDH que planteara algunos parámetros a tomar en cuenta para el proceso de desmovilización.⁸⁷ Al respecto la Corte IDH reiteró en gran medida su jurisprudencia y señaló los siguientes puntos:

1. Hay un deber general de investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.⁸⁸
2. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva y tendiente a establecer las responsabilidades por violaciones a los derechos humanos. Consecuentemente deben desentrañarse las estructuras criminales complejas y omitir disposiciones que impidan dicha investigación y la eventual sanción.⁸⁹
3. Los procesos deben tener como objetivo adicional el conocimiento de la verdad, tanto histórica o colectiva como la de los casos particulares.⁹⁰
4. Debe regir el principio de proporcionalidad en los procesos penales, de tal suerte que la individualización de la pena debe ser el resultado de un proceso penal en el cual se valore la gravedad de las conductas cometidas.⁹¹
5. Debe tomarse en cuenta el principio de cosa juzgada fraudulenta, de tal forma que “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos

⁸⁵ *Ibíd.*, § 180 y 182.

⁸⁶ *Ibíd.*, § 183.

⁸⁷ *Ibíd.*, § 192.

⁸⁸ *Ibíd.*, § 193.

⁸⁹ *Ibíd.*, § 194.

⁹⁰ *Ibíd.*, § 195.

⁹¹ *Ibíd.*, § 196.

humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada”.⁹²

6. El Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas y familiares por las violaciones a los derechos humanos que se puedan atribuir.⁹³

En este sentido, se establecen una serie de parámetros para medir la Ley de Justicia y Paz y posiblemente cualquier otra ley o medida que busque efectuar una transición.

Aunque por otro lado la postura sobre las leyes de amnistía en concreto es todavía ambigua, en los casos en los cuales la Corte IDH ha declarado que estas leyes son notoriamente incompatibles con la CADH ello se debe a que se trata de autoamnistías. Aquellas leyes que marcan excepciones o procedimientos para su aplicación no han sido objeto de estudio. Aunque las afirmaciones iniciales en casos como *Barrios Altos* son contundentes, *La Rochela* y *Almonacid Arellano* hablan de que en ciertas condiciones muy estrictas las amnistías (y las leyes de transición en general) podrían ser compatibles con la CADH. Por desgracia, con los elementos disponibles no es posible afirmar cuál sería la postura de la Corte IDH.

En efecto, en la doctrina hay consenso en que ciertas amnistías, con ciertas condiciones, pudieran ser compatibles con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional. Sin embargo, esos estudios elaborados en abstracto permiten explorar escenarios que de momento no han sido materia de proceso ante la Corte IDH.⁹⁴

3. Otras formas de generar impunidad

3.1. Prescripción

Ya en casos como *Barrios Altos* y *Oroza Trujillo* la Corte IDH había señalado en *díctum* que la prescripción es una forma de generar impunidad, por lo que esta figura

⁹² *Ibíd.*, § 197.

⁹³ *Ibíd.*, § 198.

⁹⁴ Véanse las obras citadas en la nota 2.

no es aceptable en los casos de violaciones a derechos humanos. Sin embargo, por la importancia del tema es pertinente profundizar un poco más.

Esta argumentación se retomó en el caso *Bulacio*, en el cual la víctima, que era menor de edad, había sido detenida arbitrariamente, torturada y muerta.⁹⁵

La Corte IDH identificó que la persona a la que se le imputaron los delitos constitutivos de violaciones a derechos humanos interpuso una gran cantidad de articulaciones y recursos, lo cual provocó que el proceso no culminara en su tiempo natural. Además, dichas diligencias provocaron que el transcurso del tiempo produjera la prescripción de los delitos.⁹⁶

Este caso es inusual en el sentido de que se dieron dos causas de impunidad de forma conjunta: la dilación indebida y la prescripción. En el caso, la Corte IDH solamente abordó con detalle el tema de la prescripción, reiterando que esta figura puede impedir la investigación y sanción de quienes violan derechos humanos, lo cual a su vez implica una violación a la responsabilidad estatal de conformidad con la CADH.⁹⁷ En todo caso, es importante destacar que la prescripción se ocasionó por la interposición de recursos, que al parecer no interrumpieron el conteo de la prescripción.

Posteriormente, en el caso *Albán Cornejo* se quiso emplear el argumento de la imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos en un caso de negligencia médica. En el análisis, la Corte IDH estableció los alcances de la imprescriptibilidad:

La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. *En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales.*⁹⁸

Entonces resulta relevante establecer qué debe entenderse por *instrumentos internacionales*, para comprender el alcance de la imprescriptibilidad. Queda claro que

⁹⁵ Caso *Bulacio contra Argentina*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 106-108.

⁹⁶ *Ibidem*, § 113.

⁹⁷ *Ibidem*, § 116-117.

⁹⁸ Caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, loc. cit., § 111 (citas omitidas, cursivas del autor).

crímenes contemplados en tratados como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que justamente establece esta obligación, quedarían incluidos, así como también los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional.⁹⁹

Pero fuera de estos supuestos tan obvios, la formulación no es clara. Por un lado, no hay otros tratados internacionales que prevean expresamente la imprescriptibilidad de crímenes como tortura y desaparición forzada.¹⁰⁰ Por otro, las ejecuciones extrajudiciales no cuentan con un tratado internacional similar.¹⁰¹ Consecuentemente, el único fundamento que se encuentra para sustentar la imprescriptibilidad de estas conductas son casos como *Barrios Altos* y *Bulacio*.

Además, hay otra fuente de confusión. El término *instrumentos internacionales* es ambiguo y puede incluir resoluciones de organismos y órganos internacionales, como la Organización de Estados Americanos y la Asamblea General, pero posiblemente excluya normas de costumbre internacional, algo que sería inadmisibles por la propia Corte IDH.

Así, lejos de aclarar el alcance de la imprescriptibilidad, este caso solamente generó más inquietudes.

3.2. Cosa juzgada fraudulenta

El concepto de cosa juzgada fraudulenta ha sido tratado por la Corte IDH, aunque en pocas ocasiones. Para contextualizar la postura de la Corte, es necesario abordar algunos aspectos previos.

La garantía de *ne bis in idem* se encuentra contemplada en el artículo 8.4 de la CADH en los siguientes términos: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

A primera vista hay algunos aspectos de esta disposición que merecen ser comentados. El tratado internacional usa el término *hechos* y no *delitos* o *conductas*. La prohibición abarca nuevos juicios. Por un lado esto significa que no es necesario que se dicte una nueva sentencia para que haya una violación a esta garantía procesal, pero, por otro

⁹⁹ Véase el artículo 29 del ECPI.

¹⁰⁰ Véase la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 8.1, que prevé solamente un plazo de prescripción prolongado. Véase también la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo VII, donde la imprescriptibilidad está sujeta a las normas internas fundamentales.

¹⁰¹ Al respecto véase Javier Dondé Matute: “The Right to Life and International Criminal Law: Is the regulation coherent?”, en *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos* (en prensa).

lado, es posible que se inicie una investigación posterior sin que haya una violación al *ne bis in idem*. Adicionalmente, la primera sentencia debe ser absolutoria, de tal manera que una sentencia condenatoria parece quedar exenta de la prohibición. Es decir, podría dictarse una sentencia condenatoria posterior, por los mismos hechos, siempre y cuando la primera resolución haya sido absolutoria.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH sobre esta disposición ha sido escaso. Solamente en tres asuntos se ha interpretado su contenido.

En el caso *Loayza Tamayo*,¹⁰² la Corte IDH analizó la legislación antiterrorista de Perú y su aplicación. Hizo notar que la definición típica de traición era muy similar a la definición típica de terrorismo. Esto permitía a los órganos acusadores y a los jueces llevar a cabo los procesos por uno u otro delito, con base en los mismos hechos.¹⁰³ En el caso, en un primer momento la víctima fue absuelta por un tribunal militar por traición a la patria; sin embargo, esto no fue obstáculo para que fuera procesada (aunque absuelta) posteriormente por terrorismo ante un tribunal civil.¹⁰⁴

Con base en lo anterior, la Corte IDH identificó dos violaciones diversas al principio de *ne bis in idem*. En un primer momento, el legislativo debería tener cuidado al tipificar conductas para evitar que las autoridades tuvieran un exceso de discreción en su toma de decisiones, en particular para decidir si una serie de hechos podría encuadrar en un tipo penal u otro.¹⁰⁵

La segunda violación tuvo lugar cuando el tribunal civil inició un juicio con base en los mismos hechos, aunque por otro *nomen iuris*.¹⁰⁶ Para la Corte IDH fue decisivo que el tribunal militar haya dictado sentencia en lugar de declinar su competencia, contrario a lo que alegaba el Estado. La Corte IDH consideró que se trataba de una absolución, dado que el tribunal militar analizó los hechos, ponderó las pruebas y dictó sentencia, lo cual no ocurre con una mera declinatoria de competencia.¹⁰⁷

De lo anterior se desprenden dos conclusiones generales. Por un lado, se establece la base de lo que se entenderá por *sentencia* (en este caso absolutoria) y no se extiende la aplicación del *ne bis in idem* u otro tipo de resoluciones, aunque den por terminado el juicio.

¹⁰² Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, serie C, n.º 33, sentencia del 17 de septiembre de 1997.

¹⁰³ *Ibidem*, § 67-68.

¹⁰⁴ *Ibidem*, § 75.

¹⁰⁵ *Ibidem*, § 68.

¹⁰⁶ *Ibidem*, § 77.

¹⁰⁷ *Ibidem*, § 76.

En el caso *Carpio Nicolle*¹⁰⁸ se planteó una excepción al principio de *ne bis in idem*. El Estado fue encontrado responsable de diversas violaciones a los derechos humanos, incluida la ejecución extrajudicial de la víctima, por lo que se lo condenó a diversas formas de reparación del daño. Entre ellas, la Corte IDH consideró que las investigaciones sobre la muerte de la víctima habían contenido varias irregularidades, lo que resultó en una absolución fraudulenta. La Corte IDH denominó a este fenómeno *cosa juzgada fraudulenta* y explicó que se actualiza cuando los estándares del debido proceso no se cumplen o cuando los tribunales no son independientes e imparciales.¹⁰⁹

En el caso particular, la Corte IDH ordenó que se reabrieran las investigaciones para sancionar a los responsables de la muerte de Jorge Carpio Nicolle. Este caso es interesante, pues la Corte no consideró que se haya violado el principio de *ne bis in idem*, sino que esta determinación se tomó en el contexto de la reparación del daño. Consecuentemente, la Corte IDH hizo a un lado este principio concreto, para dar cumplimiento a las demás obligaciones procesales del Estado, de tal manera que se castigara a quienes violaron el derecho a la vida de la víctima.

Sobre este caso hay dos cosas que deben ser precisadas. En primer lugar, en la misma sentencia se reconoce que se trata de una figura que se originó en el derecho penal internacional y que ahora es retomada por la Corte IDH.¹¹⁰ De tal forma, el fenómeno del *jurisprudencial cross-fertilization* parece haber operado a la inversa con este concepto. Es decir, si bien se parte del supuesto de que la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos puede alimentar la argumentación de la CPI y otros tribunales penales internacionales, en este caso el concepto se desarrolló primero en la materia penal internacional y de ahí trascendió al ámbito de los derechos humanos. De esta forma, las disposiciones que la regulan, como el artículo 20 del ECPI, son el punto de partida para su evolución.

No obstante, es importante señalar que la Corte IDH consideró que para cumplir con las exigencias del debido proceso en los casos de ejecuciones extrajudiciales debe emplearse el *Manual de las Naciones Unidas sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias*.¹¹¹ Así pues, estos manuales (en este caso también es aplicable el Protocolo de Estambul) son una herramienta esencial para la

¹⁰⁸ Caso *Carpio Nicolle y otros contra Guatemala*, serie C, n.º 117, sentencia del 22 de noviembre de 2004.

¹⁰⁹ *Ibidem*, § 131: "El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada 'cosa juzgada fraudulenta' que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad".

¹¹⁰ Caso *Carpio Nicolle y otros contra Guatemala*, loc. cit., § 131.

¹¹¹ *Ibidem*, § 135.

investigación de crímenes internacionales o violaciones a los derechos humanos, no solo para evitar la impunidad sino para coadyuvar en el ejercicio del debido proceso.

Es importante mencionar que el principio de cosa juzgada fraudulenta también fue objeto de análisis en el caso *Almonacid Arellano*. La consecuencia fue la misma —se ordenó reabrir las investigaciones—, pero lo diferente en este caso es que dichas investigaciones habían concluido por la aplicación del decreto ley 2191, que otorgaba una autoamnistía a los miembros del régimen militar, lo cual constituye un motivo adicional para justificar la limitación al principio de *ne bis in ídem*.¹¹² Lo interesante es que la amnistía solamente era aplicable a casos bajo investigación y excluía expresamente los que ya se encontraban en proceso o con sentencia condenatoria.¹¹³ Es decir, la aplicación de la cosa juzgada fraudulenta como excepción va más allá de la discusión entre sentencia, hechos o conductas, e incluye cualquier medida que pueda percibirse como generadora de impunidad.

3.3. Tribunal independiente e imparcial

En el caso *Las Palmeras* se identificó otra práctica que puede generar impunidad distinta a las mencionadas. En ese asunto, el Ejército y la Policía Nacional del Estado dispararon en contra de unas personas que se encontraban en una escuela y causaron la muerte de algunos niños y adultos que se encontraban en el área.¹¹⁴

Estos hechos derivaron en diversos procesos administrativos y penales en el ámbito interno. El que aquí interesa es el proceso penal llevado ante los tribunales militares. Con respecto a ello la Corte IDH señaló que en “la jurisdicción militar, los jueces encargados de conocer la causa estaban adscritos a la Policía Nacional, institución a la que pertenecían las personas implicadas como autores materiales de los hechos. Además, la policía era parte del Ministerio de Defensa, Poder Ejecutivo”.¹¹⁵ Consecuentemente, determinó:

Como se ha dicho con anterioridad, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial. En el caso *sub judice*, las propias fuerzas armadas involucradas en el combate contra las [sic] grupos insurgentes, son los encargados de juzgar a sus mismos pares por la ejecución de civiles, tal y como lo ha reconocido el propio

¹¹² Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, loc. cit., § 154.

¹¹³ Decreto ley n.º 2191, artículos 1 y 2.

¹¹⁴ Caso *Las Palmeras contra Colombia*, fondo; sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C, n.º 90, § 2.

¹¹⁵ *Ibidem*, § 50.

Estado. En consecuencia, la investigación y sanción de los responsables debió recaer, desde un principio, en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hayan sido policías en servicio activo. Pese a lo anterior, el Estado dispuso que la justicia militar fuera la encargada de la investigación de los hechos acaecidos en Las Palmeras, la cual llevó adelante dicha investigación durante más de 7 años —hasta el traslado de la causa a la justicia ordinaria— sin obtener resultados positivos respecto de la individualización y condena de los responsables.¹¹⁶

La conclusión de la Corte IDH es que los juzgadores militares fungieron como juez y parte, de tal manera que no era posible esperar que condenaran a los autores de los hechos. Esto derivó en una dilación irracional de siete años, lo cual generó impunidad. Así, pues puede señalarse que el criterio de la Corte IDH es que la violación a la garantía de tribunal competente, independiente e imparcial —cuando los juzgadores simpatizan con el acusado— es una fuente de impunidad.

En el ya estudiado caso *Almonacid Arellano* sucedió algo similar. En la aplicación particular del decreto ley 2191 la Corte IDH identificó una violación al derecho a ser procesado por un juez natural. Hay que recordar que esta norma otorgaba una autoamnistía a los militares que habían participado en la ejecución de la víctima dentro de un patrón de ataques sistemáticos y generalizados contra los opositores del régimen militar. La Corte Suprema de Chile determinó que, en el caso, el homicidio de la víctima debería ser conocido por los tribunales militares. Esto provocó que se aplicara diligentemente la ley de amnistía y se dieran por concluidas las investigaciones. En lo particular, la Corte IDH consideró que los tribunales militares no son la instancia adecuada para conocer más que de violaciones a la disciplina militar, lo cual excluía ejecuciones extrajudiciales, más aun cuando cuentan con las características de un crimen de lesa humanidad. La justicia militar no cumplía con los estándares de un tribunal competente, independiente e imparcial, de tal manera que en los hechos se aplicó la ley de autoamnistía, en lo que se puede concluir que generó impunidad.¹¹⁷

3.4. Indulto

El indulto podría ser otra forma de generar impunidad, si se entiende por esta “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y

¹¹⁶ *Ibidem*, § 53. Citas omitidas.

¹¹⁷ *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*, loc. cit., § 131-133.

condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana”.¹¹⁸ De esta manera, si una persona es condenada por algún delito o crimen internacional y la pena no se llega a cumplir, podría alegarse que se ha generado impunidad.

En efecto en el caso de la *Masacre de La Rochela* la Corte IDH había resuelto, en abstracto, que los indultos pueden generar impunidad. Sin embargo, esta figura no se estudió.¹¹⁹

No obstante, la Corte IDH no ha estudiado en el fondo casos en los cuales el indulto forme parte de un esquema para sustraer a las personas de la acción de la justicia penal (internacional). Los únicos referentes en los que se aborda este tema son los relativos a la pena de muerte y la interpretación del artículo 4.6 de la CADH, el cual establece:

Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

La Corte IDH ha señalado que existen violaciones a la CADH cuando la legislación de un Estado no contempla o deroga los recursos para impugnar la imposición de la pena de muerte¹²⁰ o cuando el proceso no se desarrolla de conformidad con las garantías previstas en el artículo 8 de la propia Convención Americana.¹²¹

Consecuentemente, las disposiciones relativas al indulto no aportan elementos para la interpretación del ECPI.

¹¹⁸ Caso de la *Panel blanca (Paniagua Morales y otros contra Guatemala)*, loc. cit., § 89.

¹¹⁹ Caso *Masacre de La Rochela contra Colombia*, loc. cit., § 183.

¹²⁰ Caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, serie C, n.º 126 (fondo, reparaciones y costas), § 110.

¹²¹ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago*, serie C, n.º 94, sentencia de 21 de junio de 2002 (fondo, reparaciones y costas), § 188.

4. Conclusiones

La Corte IDH ha tenido oportunidad de resolver temas de impunidad en diversos escenarios. Es importante la información de cómo llevar a cabo una investigación y un proceso en torno a las violaciones de los derechos humanos. Estos parámetros pueden ser de gran utilidad si los adopta la CPI.

En las alternativas a la investigación la Corte IDH tiene una postura muy dura, pues parece ver con desconfianza a las comisiones de la verdad y las medidas no penales que se pueden idear para hacer frente a una situación de violación a los derechos humanos. Inclusive los procesos llevados a cabo por delitos internacionales no han dejado satisfecha a la Corte IDH.

Esta postura rígida se traslada también al ámbito de las amnistías, donde la postura es inequívoca: no hay amnistía que sea compatible con la CADH. Aunque las leyes de amnistía que ha analizado la Corte IDH no presentan matices, los argumentos apuntan a muy poca flexibilidad en este rubro. Solamente en algunos casos, como *La Rochela*, se han dado lineamientos para las leyes de transición, lo cual podría incluir cláusulas de amnistía.

Por lo demás, solamente se puede concluir que el tema de impunidad se hace extensivo a casos de prescripción, cosa juzgada fraudulenta y falta de tribunales competentes, independientes e imparciales.

En términos generales, la Corte IDH ha sido muy rígida al tratar temas que pudieran implicar impunidad. A diferencia de la doctrina que parece permitir sustitutos al poder punitivo estatal para hacer frente a violaciones a los derechos humanos y situaciones relacionadas, se ha negado a considerar excepciones a la obligación general de sancionar estas conductas.

LA GARANTÍA DEL TRIBUNAL IMPARCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Dino Carlos Caro Coria

Resumen. La Corte Penal Internacional tiene como objetivo principal atribuir responsabilidad penal a los individuos que cometen los mayores crímenes contra la comunidad internacional. No obstante, para no afectar la jurisdicción de cada Estado, se ha establecido que la competencia de la Corte es complementaria a la que ejerce cada nación. En ese sentido, si el Estado parte se muestra imposibilitado de juzgar a un ciudadano que ha cometido un crimen internacional —ya sea por razones logísticas o por falta de voluntad política—, se activa la jurisdicción de la Corte para procesarlo. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la jurisprudencia que exponemos a continuación, se ha pronunciado en diversos asuntos directamente relacionados con crímenes internacionales u otros, en los que la jurisdicción nacional no ha respetado los principios procesales de imparcialidad, independencia y juez natural, al someter a ciudadanos civiles al fuero militar o a tribunales ad hoc.

Abstract. The main objective of the International Criminal Court is to attribute criminal liability to those individuals who commit the most serious crimes against the international community. Nonetheless, to avoid encroaching on the jurisdiction of each State, the jurisdiction of the Court has been established as complementary to that of each nation. In this sense, if the state party is unable to bring a citizen who has committed an international crime to trial – due to logistical reasons or lack of political will – then the Court can exercise its jurisdiction. In the jurisprudence examined in this article, the Inter-American Court of Human Rights has delivered opinions in several cases involving international or other crimes in which national jurisdictions violated the procedural principles of impartiality, independence and natural judge because civilians were brought to trial in military courts or ad hoc tribunals.

1 • La competencia en razón del territorio de la Corte Penal Internacional. Análisis desde el principio de complementariedad

1.1. El significado de la complementariedad de la CPI. Diferencia con otros órganos supranacionales

El principio de complementariedad está prescrito en el § 10 del preámbulo del Estatuto de Roma (ECPI) de la Corte Penal Internacional (CPI),¹ el mismo que señala que “la Corte Penal Internacional establecida en virtud del ECPI será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

Sobre esa premisa, la CPI se constituye no como un órgano de revisión de la jurisdicción penal interna, y menos aún como una segunda instancia supranacional, sino como un organismo que persigue y sanciona los crímenes internacionales, descritos en el artículo 5 del ECPI, y que solo se activa por causa específicas descritas en el propio Estatuto.

En tal sentido, la complementariedad es una exigencia al fiscal de la CPI para el inicio de sus investigaciones, como se deduce del artículo 53.1.b, dado que al decidir si ha de iniciar una investigación, deberá tener en cuenta si “[l]a causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17”.

Por otro lado, la CPI se diferencia de los de los sistemas de protección de derechos humanos en que estos juzgan el comportamiento de los estados, de acuerdo a las obligaciones internacionales que estos asumieron en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En cambio, la CPI solo es competente para procesar penalmente a personas naturales (artículo 25.1), nunca a estados.

Específicamente, la CPI se diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en que esta permite a los ciudadanos de los estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) acudir a su foro cuando, agotada la jurisdicción interna,² se sienten vulnerados en sus derechos fundamentales. Por el contrario, la CPI no busca ejercer un *ius puniendi* por encima del Estado, sino

¹ Con similar redacción, el artículo 1 del ECPI.

² *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio 1988, sentencia, § 57: “El artículo 46.1.a) de la Convención dispone que, para que una petición o comunicación presentada a la Comisión conforme a los artículos 44 ó 45 resulte admisible, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos”.

que sanciona crímenes internacionales cuando el Estado no pueda o no desea juzgarlos. En tal sentido, los mecanismos de persecución penal comienzan cuando el ilícito internacional ha sido puesto en conocimiento del la CPI por el estado parte del ECPI (artículo 14 del ECPI), o a iniciativa del fiscal de la Corte (artículo 15 del ECPI). Incluso la acción penal puede tener su origen en una decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (artículo 13.b del ECPI), de acuerdo al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

1.2. La competencia de la CPI en razón del territorio

En principio es el deber del Estado investigar y sancionar la comisión de delitos internacionales, esto se desprende indirectamente del artículo 2.1 del PIDCP³ y del artículo 1 de la CADH.⁴

En ese sentido, el Estado no solo tiene un deber positivo de garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales, sino que además debe velar por desarrollarlos y promoverlos. Estos deberes han sido reconocidos por la Corte IDH como el deber de respetar⁵ y el deber de garantizar⁶ los derechos humanos, respectivamente.⁷

En igual sentido, respecto a las garantías judiciales, en la opinión consultiva 11/90, del 10 de agosto de 1990, la Corte IDH sostiene:

³ Artículo 2.1 del PIDCP: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

⁴ Artículo 1 de la CADH "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"

⁵ *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, loc. cit., S 165: "La primera obligación asumida por los EP [...] parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de las persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público".

⁶ *Ibidem*: "La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. *Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*" (destacado nuestro).

⁷ En el mismo sentido, respecto a los deberes de respetar y garantizar, véase la observación general n.º 30, "La índole de la obligación jurídica impuesta a los Estados Parte en el Pacto" (84.º periodo, 2004).

Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de *crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos* está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención.⁸

De esta forma, la Corte IDH exige que el Estado lleve a cabo un proceso penal “serio, imparcial y efectivo”. Y ello porque los otros procesos judiciales no brindan una sanción adecuada para la mayoría de las violaciones a los derechos humanos.⁹

En este orden de ideas, la CPI es competente, de acuerdo al principio de complementariedad, ante la omisión de los estados de investigar y sancionar los crímenes internacional —según el artículo 17.1.a del ECPI—, en los siguientes casos:

1. falta de voluntad política del Estado para juzgar o
2. imposibilidad material de juzgar por parte del Estado.

En estos casos, la jurisdicción nacional no puede o no está dispuesta a investigar o enjuiciar el crimen internacional.

No obstante, existen supuestos en los cuales la CPI es competente para conocer un caso que está siendo o ha sido conocido por la justicia interna. Esto puede traer serios problemas, pues se podría afectar el principio del *ne bis in idem*, reconocido en el artículo 14.7 del PIDCP y el artículo 8.4 CADH.

Así, habrá que tener presente lo dispuesto por la Corte IDH en el caso *Loayza Tamayo contra Perú*, donde señaló:

Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “*los mismos hechos*”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.¹⁰

Así, de acuerdo con el ECPI, la CPI es competente para conocer un caso cuando:

1. El proceso penal nacional tenga como fin sustraer al acusado de la competencia de la CPI (artículo 20.2.a del ECPI). Esto se da, por ejemplo, cuando

⁸ Destacado nuestro.

⁹ Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 1999, p. 170.

¹⁰ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, § 166.

el gobierno brinda leyes que promuevan la amnistía o la prescripción de la responsabilidad de un crimen internacional. Ejemplo de ellos es el caso *Barrios Altos contra Perú*, de la Corte IDH, que comentaremos más adelante.

2. El proceso penal nacional busque sustraer a la persona de la acción de la justicia,
 - a. por falta de imparcialidad e independencia o
 - b. por demora injustificada del proceso penal.

Para determinar cuándo el Estado no estuvo dispuesto a investigar o enjuiciar el hecho, conforme al artículo 17.2 de la CPI se debe tener en cuenta “los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional”,¹¹ y en especial si:

- a. el juicio o la decisión tuvo el propósito de sustraer a la persona de la responsabilidad penal;
- b. la demora injustificada en el juicio refleja la no intención de hacer comparecer al imputado ante la justicia;
- c. el proceso no ha sido o no está siendo sustanciado de modo independiente o imparcial, y refleja la no intención de hacer comparecer al imputado ante la justicia.

2. La garantía del tribunal competente, independiente e imparcial

Estas garantías vinculadas al debido proceso se encuentran consagradas en el artículo 8.1 de la CADH, el cual prescribe:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley* [...].¹²

¹¹ Opinión consultiva OC 9/87, 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9, § 27. En el mismo sentido, Ratificado por la Corte IDH en el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, n.º 151, § 108 y 116.

¹² Destacado nuestro.

En igual sentido se expresa el artículo 14.1 del PIDCP, el cual señala:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un *tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella.¹³

De este modo, como señala San Martín:

La imparcialidad judicial garantiza una limpia e igualitaria contienda procesal, permite al juez desempeñar un papel *supra partes*. Su fin último es proteger la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías.¹⁴

En el mismo sentido, Moreno Catena afirma que la independencia respecto de las partes y del objeto litigioso significa imparcialidad, esto es, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico.¹⁵

Así, como indica Picó i Junoy, existen dos maneras de apreciar la imparcialidad judicial: una subjetiva, que se refiere a la convicción personal del juez competente respecto al caso concreto y a las partes, y otra objetiva, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso.¹⁶

Tal postura fue adoptada en la decisión del TEDH de 1 de octubre de 1982, en el caso *Piersack contra Bélgica*:

Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicio o parcialidades, su existencia puede ser apreciada [...] de diversas maneras. Se puede distinguir así un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.

De este modo, como indica San Martín Castro, la imparcialidad subjetiva puede verse afectada: a) por razones de parentesco o situaciones semejantes, b) por motivos de amistades o enemistad, y c) por razones de interés, incompatibilidad o supremacía.

¹³ Destacado nuestro

¹⁴ César San Martín Castro: *Derecho procesal penal*, t. I. Lima: Grijley, 2.ª ed., 2003, p. 94.

¹⁵ En Gimeno Sendra y otros: *Derecho procesal penal*, Madrid: Colex, 1996, p. 82.

¹⁶ *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 134.

La imparcialidad judicial puede verse afectada, como refleja la Corte IDH, en los siguientes casos:

- a. Cuando se recurre a tribunales militares fuera del ámbito de competencia subjetivo. Es decir, cuando los tribunales castrenses juzgan a civiles o cuando ejercen competencias respecto de delitos que no lesionan bienes jurídicos propios de su institución.
- b. Cuando se recurre a tribunales militares fuera del ámbito de competencia material. En otras palabras, cuando el fuero militar se arroga la competencia de juzgar crímenes contra el derecho internacional de los derechos humanos y crímenes contra el derecho internacional humanitario.
- c. Cuando se recurre a tribunales sin rostro.

Supuestos de esta falta de imparcialidad serán analizados en el apartado siguiente, por constituir una violación a las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la CADH.

3 • Supuestos en que se afectan la garantía del tribunal imparcial, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional que pasaremos a analizar, se puede observar, como característica fundamental, que para el ejercicio de su competencia previamente se han agotado los recursos internos de la jurisdicción nacional y se ha advertido que dichos órganos jurisdiccionales nacionales, o bien no contaban con los recursos internos necesarios para que los recurrentes pidieran tutela de sus derechos afectados, o bien no otorgaban las garantías mínimas de una jurisdicción imparcial e independiente,¹⁷ o bien no mostraban una actitud garantista que indicara su predisposición a tutelar derechos fundamentales.

¹⁷ Respecto a la falta de independencia en la administración pública, véase *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) contra Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008, § 98-112.

En ese sentido, pese a que en la CADH no existe una normativa expresa que haga referencia a la aplicación y vigencia del principio de complementariedad, la Corte IDH, a través de reiterada jurisprudencia, ha conocido y se ha pronunciando en diversos asuntos directamente relacionados con violaciones a los derechos humanos, procesos que la jurisdicción nacional no ha seguido respetando los principios de imparcialidad, juez natural, debido proceso y tutela judicial efectiva.¹⁸ Al contrario, los estados demostraron no estar dispuestos a llevar cabo dichas investigaciones o el enjuiciamiento, y una de las medidas recurrentes de esos estados es la dación de leyes de amnistía.

Este es el caso *Barrios Altos contra Perú*. En él la Corte IDH señaló que el Estado peruano violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH, en perjuicio de los familiares de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales perpetradas en el atentado realizado por el grupo paramilitar del gobierno peruano Grupo Colina en Barrios Altos, con la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía 26479 y 26492 en favor de los policías que participaron en el atentado de Barrios Altos. En la sentencia, la Corte IDH declaró que el Estado peruano debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se refiere el caso, lo que muestra que la Corte reconoce la supremacía de la jurisdicción nacional.

Además, en dicha sentencia la Corte pone en evidencia que el Estado nacional impuso deliberadamente mecanismos legislativos y judiciales para impedir el conocimiento de los hechos y la sanción de los responsables, con lo que demostró una actitud de violentar las obligaciones internacionales sancionadas con leyes cuyo único objetivo era lograr la impunidad. Al respecto la Corte ha señalado:

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.¹⁹

¹⁸ Caso de la *Panel blanca (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998, § 138.

¹⁹ Caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, § 43.

Así, la Corte IDH ha establecido jurisprudencialmente que existe grave violación a los derechos humanos y a los principios procesales de juez natural y debido proceso cuando los estados disponen jurisdicciones especiales para investigar y juzgar delitos de lesa humanidad. De igual forma, en diversas sentencias ha señalado que cuando se trata de juzgar e investigar graves crímenes de lesa humanidad el Estado debe otorgar la protección judicial necesaria, y además las autoridades jurisdiccionales deben desarrollar los procesos judiciales a su cargo bajo estrictas medidas de seguridad, en los que son de aplicación automática las disposiciones del derecho internacional humanitario.

3.1. Tribunales *sin rostro* y *ad hoc*

En el caso *Cantoral Benavides contra Perú*, la Corte IDH señaló que el Estado peruano había violado los artículos 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 8.1 de la CADH en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, al haberlo hecho sufrir torturas, tratos inhumanos y degradantes en la arbitraria detención policial que se efectuó en su contra, manteniéndolo incomunicado en el marco de las investigaciones por la presunta comisión del delito de traición a la patria y terrorismo. Asimismo, la Comisión alegó que se habían violado garantías procesales, por cuanto el señor Cantoral Benavides fue juzgado, tanto en el fuero privativo militar como en el fuero común, por jueces sin rostro, carentes de la independencia e imparcialidad exigidas en el artículo 8.1 de la CADH. En ese sentido, la Com IDH también alegó que al hacer extensiva la jurisdicción militar a civiles el Perú contradice el debido respeto a las garantías de la administración de justicia y el derecho de las personas a ser juzgadas por el juez natural y competente, puesto que el fuero privativo militar es un fuero especial subordinado a un órgano del Poder Ejecutivo, y la extensión de la jurisdicción militar a los civiles no ofrece garantías sobre la independencia e imparcialidad de los jueces. Ante dichas alegaciones la CIDH señaló:

La jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En ese sentido se regulaba la jurisdicción militar en la legislación peruana [...]. El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, como sucede en el caso, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas.²⁰

²⁰ Caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, § 112.

En igual sentido, respecto al derecho de ser juzgados por tribunales ordinarios, en el caso *Lori Berenson contra Perú* la Corte IDH sostuvo que “el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”. El estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir jurisdicción que corresponda normalmente a tribunales ordinarios”. Asimismo, la Corte entiende:

[...] los tribunales militares que juzgaron a la presunta víctima por traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal.²¹

3.2. Tribunales militares

La Corte IDH ha expresado su disconformidad con que los fueros militares asuman la competencia para juzgar a civiles. En ese sentido, en el caso *Loayza Tamayo contra Perú* señaló que el Estado del Perú violó, en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo, el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la CADH, en relación con sus artículos 25 y 1.1. En dicha sentencia alegó que, en los procesos llevados a cabo en el fuero privativo militar por el delito traición a la patria y en el fuero común por el delito de terrorismo contra la señora María Elena Loayza Tamayo, el Estado peruano violó los siguientes derechos y garantías del debido proceso legal contemplados en la CADH: derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial (artículo 8.1), derecho a que se presuma la inocencia (artículo 8.1 y 8.2), derecho a la plena igualdad en el proceso (artículo 8.2), derecho de defensa (artículo 8.2.d), derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a declarar sin coacción de ninguna naturaleza (artículos 8.2.g) y 8.3) y garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos (artículo 8.4). Al respecto la Corte señaló:

En primer término, al aplicar los Decretos-Leyes N° 25.659 (delito de traición a la patria) y N° 25.475 (delito de terrorismo) expedidos por el Estado, la jurisdicción militar del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en lo que concierne a la exigencia de juez competente. En efecto, al dictar sentencia firme absolutoria por el delito de traición a la patria del cual fue acusada la señora María Elena Loayza Tamayo, la jurisdicción militar carecía de

²¹ Caso *Lori Berenson contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, § 143.

competencia para mantenerla en detención y menos aún para declarar, en el fallo absolutorio de última instancia, que “*existiendo evidencia de la comisión del delito de terrorismo dispone remitir los actuados pertinentes al Fuero Común y poner a disposición de la Autoridad competente a la referida denunciada*”. Con esta conducta los tribunales castrenses actuando *ultra vires* usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios, ya que según el mencionado Decreto-Ley N° 25.475 (delito de terrorismo), correspondía a la Policía Nacional y al Ministerio Público la investigación de ese ilícito y a los jueces ordinarios el conocimiento del mismo. Por otra parte, dichas autoridades judiciales comunes eran las únicas que tenían la facultad de ordenar la detención y decretar la prisión preventiva de los acusados. Como se desprende de lo anterior, los referidos Decretos-Leyes N° 25.659 (delito de traición a la patria) y N° 25.475 (delito de terrorismo) dividieron la competencia entre los tribunales castrenses y los ordinarios y atribuyeron el conocimiento del delito de traición a la patria a los primeros y el de terrorismo a los segundos.²²

Más adelante la sentencia añade:

[...] la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que este pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso. El hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser este incompetente, tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común.²³

Con similares fundamentos —y reafirmando que resulta una grave violación al derecho internacional de los derechos humanos que se lleven a cabo procesos penales contra personas civiles acusadas por la presunta comisión de delitos graves con jueces sin rostros, jueces *ad hoc* o por tribunales militares—, en el caso *Castillo Petruzzi contra Perú* la Corte señaló que el Estado peruano había violado gravemente el artículo 8.1 de la CADH, al haber sometido a las víctimas, detenidas por presuntamente haber cometido delitos de traición a la patria y terrorismo, al juzgamiento del fuero militar. En ese sentido la Corte señaló:

²² Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, § 61.

²³ *Ibidem*, § 62.

Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear “Tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” [Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura].

El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.²⁴

En ese orden de ideas, la Corte IDH afirma que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables, deben ser judiciales, “lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”.²⁵ Asimismo:

[...] la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia.²⁶

En tal sentido, la Corte ha señalada en reiterada jurisprudencia:

Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrese íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.²⁷

²⁴ Caso *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, § 129-130.

²⁵ *Ibidem*, § 131.

²⁶ *Ibidem*, § 133.

²⁷ Similar redacción en *Lori Berenson contra Perú*, loc. cit., § 141; caso *19 Comerciantes contra Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, § 167; caso *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, § 52; caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, § 131.

De igual forma, en el caso *Neyra Alegría y otros contra Perú*,²⁸ la Corte IDH, al amparo del principio de complementariedad, ha señalado que el Perú infringió lo dispuesto por los artículos 7.6 y 27.2 de la CADH debido a la aplicación de los decretos supremos 012-IN y 006-86 JUS, de 2 y 6 de junio de 1986, que declararon el estado de emergencia en las provincias de Lima y Callao y zona militar restringida en tres penales —entre ellos el de San Juan Bautista, *El Frontón*, donde se produjo el desmotinamiento y la muerte y desaparición de internos—, y que con ello se produjo la ineficacia de los recursos de hábeas corpus, lo cual perjudicó a las presuntas víctimas puesto que el hábeas corpus era el instrumento idóneo para que la autoridad judicial pudiese investigar y conocer el paradero de las tres personas a que se refiere este caso. En ese sentido, la CIDH ha interpretado los artículos 7.6 y 27.2 de la Convención en las opiniones consultivas OC-8 y OC-9, del 30 de enero y el 6 de octubre de 1987, respectivamente. En la primera sostuvo:

[...] los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por los artículos 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad de una sociedad democrática.

También estimó esta Corte que el hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respecto a la vida y la integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación del lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.²⁹ En la opinión consultiva OC-9, este tribunal añadió:

[...] las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas a las que esta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación

²⁸ Caso *Neira Alegría y otros contra Perú*, sentencia del 19 de enero de 1995, serie C, n.º 20.

²⁹ “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículo 27.2, 25.2 y 7.6 CADH)”, opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, serie A, n.º 8, § 35 y 42.

del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.³⁰

Otra sentencia relevante, mediante la cual la Corte IDH reitera que es inaceptable la creación de jurisdicciones especiales *ad hoc* o la determinación de competencia a los fueros militares para que puedan juzgar a civiles, es la recaída en el caso *Durand Ugarte contra Perú*. Ante los amotinamientos ocurridos en el penal El Frontón, en los cuales resultaron diversos muertos y desaparecidos, y ante el reclamo de los familiares de las víctimas, los desaparecidos Durand Ugarte y otros, la Corte señaló, en referencia al proceso militar llevado a cabo para investigar los hechos y determinar a los posibles responsables:

[...] en un estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos del orden militar.³¹

En igual sentido:

[...] los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no. [...] pese a lo dicho, el estado dispuso que la justicia militar fuera la encargada de la investigación de los graves hechos acaecidos en “El Frontón”, la cual llevó adelante dicha investigación y sobreesayó el proceso seguido contra los militares involucrados.

Asimismo:

[...] está mas allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el debe de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico; pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan

³⁰ “Garantías judiciales en estados de emergencias (artículos 27.2 y 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; opinión consultiva OC 9-87, del 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9, § 38.

³¹ Caso *Durand Ugarte contra Perú*, sentencia del 16 de agosto de 2000, § 117.

ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

De igual forma la Corte IDH ante los efectos de los decretos supremos 012-IN y 006-86 JUS, de 2 y 6 de junio de 1986, que si bien no suspendieron de manera expresa el uso del recurso de hábeas corpus lo tornaron ineficaz, señaló:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de las misma por el estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista no basta con que esté previsto por la constitución o la ley o con que se formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Lo anteriormente expuesto no solo es valido en situaciones de normalidad, sino también en situaciones excepcionales.³²

Por otro lado, como señala la Corte IDH, el fuero militar deber ser considerado excepcional y de carácter restrictivo. En ese sentido, consideró:

[...] la anterior atribución de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos, todo lo cual contravino el principio del juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.³³

Por lo tanto:

El juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra los 19 comerciantes por jueces penales militares que carecían de competencia, el cual culminó con la cesación de procedimiento a su favor, implicó una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además

³² *Ibidem*, § 118.

³³ *Caso 19 Comerciantes contra Colombia*, loc. cit., § 174.

conllevó a que no fueran investigados y sancionados por tribunales competentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos.³⁴

4 ● Supuestos en que se afectan la garantía del tribunal imparcial, según la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional de Perú

La Corte Suprema de Perú no ha sido ajena al reconocimiento de la garantía del juez natural y del debido proceso. A través de diversas ejecutorias supremas ha reconocido la supremacía constitucional del juez natural. En la ejecutoria suprema de la Sala Penal Suprema de la República, recaída en el R. n.º c, Lima, ante el cuestionamiento que hace el recurrente al juez y a la sala penal nacional que viene conociendo su proceso, señaló:

[...] debemos precisar que si bien el segundo párrafo del inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, consagra el derecho al “juez natural” o, como *expressis verbis* allí se señala, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, tal derecho está referido a evitar que se juzgue a un individuo en base a “órganos jurisdiccionales de excepción” o por “comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera su denominación”; en ese sentido, lo que se exige es que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizando así la interdicción de ser enjuiciado por un excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, impidiendo que cualquiera que los poderes públicos pueda abocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante el poder judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido; de esta manera, no resulta atendible lo manifestado por la recurrente, pues, en primer lugar, el órgano que viene conociendo el proceso seguido contra la encausada recurrente y que se encuentra a cargo de otros procesos seguidos por el delito de terrorismo es uno propio del poder judicial, cuyo ejercicio de potestad jurisdiccional le fue establecido con anterioridad a la iniciación del proceso judicial. En segundo lugar, si tiene la competencia para conocer el proceso le fue asignada con posterioridad al inicio del mismo, ello no se infringe el derecho a la predeterminación del juez; pues, este derecho implica que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que lo ha investido de jurisdicción y

³⁴ *Ibidem*, § 175.

competencia con anterioridad al inicio de la actuación judicial, sin embargo, de ello no puede concluirse que cualquier modificación orgánica o funcional, cualquiera que sea su alcance y su contenido, pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados y que se encuentren pendiente de resolución, pues si la ratio del derecho es proteger la imparcialidad del juzgador, es claro que si tales modificaciones se realizan con criterios objetivos y de manera general, dentro de la jurisdicción ordinaria, es porque existe una presunción fundada de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad de los jueces y, por tanto, no resulta contraria al derecho en cuestión.

Por su parte el Tribunal Constitucional del Perú se pronunció sobre la inconstitucionalidad de varias normas del Código de Justicia Militar Policial peruano, que buscaba incorporar los crímenes de guerra, establecidos en normas del derecho internacional humanitario, como normas delitos de función en el ámbito militar. Así, el tribunal sostuvo:

[...] mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado internacional o no internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), mate a una persona protegida por el derecho internacional humanitario, afectando el bien jurídico vida (*que no es un bien jurídico institucional de las fuerzas armadas o policía nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173.º de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.³⁵

Lista de casos

Almonacid Arellano y otros contra Chile, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005.

Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) contra Venezuela, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de agosto de 2008

Barrios Altos contra Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de marzo de 2001.

Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de agosto de 2000.

³⁵ Pleno jurisdiccional, 15 de diciembre de 2006, sentencia n.º 0012-2006-AI, fundamento jurídico n.º 74.

Caso de la Panel blanca (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de marzo de 1998.

Caso 19 comerciantes contra Colombia, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de julio de 2004.

Castillo Petruzzi contra Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de mayo de 1999.

Claude Reyes y otros contra Chile, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006.

Durant Ugarte contra Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de agosto de 2000.

Neira Alegría y otros contra Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de enero de 1995.

Las Palmeras contra Colombia, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de diciembre de 2001.

Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 1997.

Lori Berenson contra Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2004.

Pleno Jurisdiccional, sentencia del Tribunal Constitucional peruano 0012-2006-AI, fundamento jurídico 74, 15 de diciembre de 2006.

Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio 1988.

Otros documentos

Observación general 30, “La índole de la obligación jurídica impuesta a los Estados Parte en el Pacto”, Comité Internacional de Derechos Humanos, 84.º periodo, 2004.

Opinión consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencias (artículos 27.2 y 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9.

PROVAS ILÍCITAS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

RELATÓRIO – BRASIL 2009

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

Maria Thereza Rocha de Assis Moura,

Marcos Alexandre Coelho Zilli

e Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich

RESUMO. O trabalho se propõe a examinar os fundamentos tomados pelo TPI junto à jurisprudência internacional de direitos humanos para aplicação da regra prevista pelo art. 69.7 do ER. Como se sabe, o padrão de legalidade probatória estabelecido pelo ER é o da subordinação aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. A ilegalidade, contudo, não tem como efeito automático a inadmissibilidade das provas. Na verdade, isso somente ocorrerá quando surgirem sérias dúvidas quanto à confiabilidade da prova produzida ou quando a sua admissibilidade puder afetar a integridade do processo ou mesmo causar-lhe grave prejuízo. Nessa temática, contudo, a jurisprudência da CIDH é escassa. No único caso a merecer destaque – *Lori Mejía vs Peru* – a ilegalidade probatória foi afirmada como uma decorrência do reconhecimento da violação das garantias do juiz natural, independente e imparcial. No entanto, a maioria dos julgadores não reconheceu a imprestabilidade da prova, de modo que foi ela transposta do juízo militar, palco das ilegalidades cometidas, ao juízo comum.

ABSTRACT. The purpose of this study is an examination of the legal grounds set forth by the International Criminal Court together with international jurisprudence on human rights for the application of the rule established by Article 69.7 of the Rome Statute. It is a known fact that the Rome Statute establishes that for evidence to be legal it must be obtained with full respect for internationally recognised human rights. Nonetheless, the illegality of the evidence does not automatically lead to its inadmissibility. In fact, this would only happen if substantial doubts regarding the reliability of the evidence collected were to arise or if its admission might affect or cause significant damage to the integrity of the proceedings. Nevertheless, jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

on this subject is scant. In the only case which deserves to be highlighted – Lori Mejía vs Peru – the illegality of the evidence was asserted as a consequence of recognising the infringement of the right to an independent and impartial natural judge. Even so, most of the judges did not recognise that such evidence was unusable, so it was transferred from the military court, scene of the illegalities, to the regular court.

1 • Panorama sobre a proibição da prova *contra legem*

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, mereceu, inclusive, tratamento legislativo.

Como se sabe, o tema tem sido largamente enfrentado pela Suprema Corte americana, o que levou à elaboração das conhecidas regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹, estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos, entendeu-se que o problema não envolvia, tão somente, a não

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914). Wayne R. Lafave e Jerold H Israel: *Criminal procedure*. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver, igualmente, Fernando Díaz Cantón. “Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba”. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e Maximiliano Hairabedián. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: Paul F. Rothstein; Miran S. Raeder e David Crump. *Evidence. State and federal rules*. St. Paul: West, 1997, p. 257. Neste caso, a Suprema Corte enfrentou a validade de procedimento policial consistente na extração forçada de cápsulas de entorpecente da boca e do estômago do acusado e decidiu que o expediente havia violado os padrões da decência implícitos na ideia

confiabilidade do resultado probatório, mas a incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo. É certo que em *Elkins* (1960)³ a preocupação educativa das ações policiais ficou mais evidente, tendo sido reafirmada em *Mapp v. Ohio* (1961),⁴ quando a Suprema Corte vinculou as *exclusionary rules* ao dever do Estado em aprofundar, junto a seus agentes, o nível de consciência sobre a importância e a necessidade do respeito dos valores da dignidade humana.

A partir do final da década de setenta e início dos anos oitenta do século passado, a regra cedeu espaço para a inclusão do critério da boa-fé policial. A princípio expressado em votos dissidentes,⁵ o raciocínio acabou sendo consolidado no caso *Leon* (1984).⁶ Em linhas gerais, se o objetivo é o de disseminar, junto aos agentes policiais, uma cultura de respeitabilidade dos direitos humanos, as regras de exclusão não encontrariam efetividade caso não fosse possível àqueles inferir a ilegalidade do ato por eles praticado.⁷ A conclusão não deixa de ser, na verdade, o resultado de uma ponderação entre os benefícios e os custos da aplicação das *exclusionary rules*.⁸

de justiça e nas noções de devido processo. Foi com base nessas premissas que concluiu que o emprego de meios violentos para a obtenção de prova ofendia a consciência comum e o senso de justiça, o que acabaria por equipará-los às confissões involuntárias. Dessa forma, seriam constitucionalmente censuráveis, não só pela não confiabilidade do resultado, mas principalmente por força da incompatibilidade entre o meio empregado e a garantia do devido processo. Em circunstâncias tais, a admissão da prova acabaria ferindo o senso comum da decência e de um processo justo.

³ 364 U.S. 206, 80 S.Ct. 1437, 4 L.Ed.2d 1669 (1960).

⁴ 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961).

⁵ Em *Bivens v. Six Unknown Named Agents* (1971), por exemplo, o Chief Justice Burger, em voto dissidente, reconheceu a absoluta ausência de dados empíricos que pudessem conferir sustentabilidade ao raciocínio de que a inadmissibilidade de provas traria alguma influência para o exercício da atividade policial. Sugeriu, então, fosse a regra substituída por outros mecanismos que no seu entender seriam mais eficazes para o resguardo dos valores constitucionais, dentre os quais a possibilidade de as vítimas acionarem o Estado em tribunais especialmente criados para este fim. Em *Stone v. Powell* (1976), também em um voto dissidente, "Justice White" afirmou que a exclusão de provas não deveria ser aplicada quando a Polícia houvesse executado o ato imbuída de boa-fé, ou seja, sob o amparo de uma crença razoável de atuação nos limites da legalidade. No seu entender, em circunstâncias tais, as finalidades preventiva e educacional da proibição probatória, reconhecida em julgamentos anteriores, não teriam o menor sentido. As críticas aos efeitos anômalos das regras de exclusão atingiram seu ápice com o caso *Califórnia v. Minjares* (1979), onde Justice Rehnquist fez uma feroz avaliação sobre a capacidade da jurisprudência norte-americana de impedir o uso de provas relevantes e confiáveis. Ver, para tanto: Wayne R. Lafave e Jerold H Israel. *Criminal procedure*. St. Paul: West, 1992, pp. 108-109 e John Kaplan; Jerome H. Skolnick e Malcom M Feeley. *Criminal justice: introductory cases and materials*. New York: The Foundation, 1991, p. 282.

⁶ 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed.2d 677 (1984).

⁷ "The Fourth Amendment exclusionary rule should be modified so as not to bar the use in the prosecution's case-in-chief of evidence obtained by officers acting in reasonable reliance on a search warrant issued by a detached and neutral magistrate but ultimately found to be unsupported by probable cause." (Wayne R. Lafave e Jerold Israel, op. cit., p.109).

⁸ Wayne R. Lafave e Jerold Israel, op. cit., p.109. Em *Illinois v. Krull* (1987), após uma apertada maioria, a Suprema Corte admitiu a validade de prova obtida com base em legislação sobre a qual pairava, ainda, uma razoável presunção de constitucionalidade. Ocorre que a preocupação com os efeitos processuais das provas ilícitas também alcançou aquelas delas derivadas, dando origem, assim, à célebre metáfora dos frutos da árvore

Já no direito inglês, foi a preocupação com avaliações probatórias equivocadas por parte dos jurados que impulsionou a *House of Lords* a reconhecer, no caso *Christie* (1914), a existência de um poder judicial de filtragem e de exclusão de provas que pudessem causar graves danos ao correto julgamento.⁹ Entre os anos de 1962 e 1980, muito embora o controle judicial na admissibilidade probatória tenha sido sistematicamente reafirmado, não se obteve êxito em definir um parâmetro claro para o exercício de tal discricionariedade pelo juiz.¹⁰

O fato é que as dificuldades da jurisprudência inglesa na delimitação de critérios claros de exclusão levaram à promulgação, em 1984, do *Police and Criminal Evidence Act*, que além de consagrar o poder judicial de controle de incorporação do material probatório, qualificou como inadmissíveis as provas da acusação que pudessem causar efeitos nocivos ao justo processo.¹¹ Nos julgados que se sucederam, com especial destaque para *Samuel e Alladice*, ambos de 1988, as cortes inglesas, a exemplo do sistema norte-americano, incorporaram o critério da boa-fé dos atos policiais.¹² Daí a possibilidade de admissão de prova ilegalmente obtida quando a execução do ato tivesse sido orientada por uma crença razoável de sua conformidade com o direito.

Já a busca por uma construção dogmática sobre o tema é bem ilustrada pela experiência do direito alemão,¹³ ressaltando aqui a preocupação com a tutela dos

envenenada - *fruit of the poisonous tree* . Ou seja, a respeitabilidade dos direitos humanos ficaria seriamente comprometida caso fossem admitidas as provas oriundas da ilicitude original. É certo que o rigor da proposição vem sendo sensivelmente abrandado pela própria Suprema Corte que, para tanto, destacou situações em que a relação de causalidade ficaria rompida. São as hipóteses da *attenuated connection*, da *independent source* e da *inevitable discovery*.

⁹ Cedric D Bell. *Evidence*. London: HLT, 1996, p. 267-268.

¹⁰ Em *Myers v. DPP* (1965), por exemplo, fez-se menção aos fins da justiça como critério orientativo. Já em *Jeffrey v. Black* (1978), o uso de artifícios policiais foram recriminados. Em *R v. Sang* (1980), a mesma *House of Lords* vedou o uso de medidas que levassem a uma auto-incriminação, proibindo a incorporação de provas delas resultantes. Ver, para tanto: Cedric D. Bell. op. cit., p. 269-272.

¹¹ Conforme estabelece a Seção 78.1: "Exclusion of unfair evidence. (1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it". Ver, para tanto: Richard Stone: "Exclusion of evidence under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: practice and principles". Disponível em <<http://webcli.ncl.ac.uk/articles3/stone3.rtf>>. Acesso em 10.02.2009.

¹² Cedric D. Bell. op. cit., p. 278.

¹³ Onde é aceita uma distinção formal entre as proibições de produção de prova (limites aos fatos a investigar) e as proibições de valoração de prova (impedimentos para que determinados fatos sejam objeto da sentença.). O primeiro grupo subdivide-se, ainda, em: a) temas proibidos de prova; b) meios proibidos de prova; c) métodos proibidos de prova e d) proibições de prova relativas. Ver, para tanto: Karl-Heinz Gössel: "As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa: Aequitas, ano 2, fasc. 3, jul-set., 1992, p. 398-400.

aspectos protetivos da dignidade humana.¹⁴ Foi justamente por esse caminho que o Bundesgerichtshof (BGH), no que se convencionou denominar primeiro caso do diário, em 1964, não admitiu a prova consistente em registros escritos de natureza íntima, justamente por considerá-los vinculados a uma esfera restrita da personalidade, de modo que qualquer invasão seria indevida.¹⁵ Anos mais tarde, no entanto, o Tribunal Constitucional alemão (BverfG), em atenção ao princípio da proporcionalidade, decidiu pela admissibilidade de qualquer diário, por mais íntimo que fosse o seu conteúdo, desde que a persecução penal estivesse associada à imputação de infração de maior gravidade.¹⁶

O repúdio ao emprego de expedientes violadores dos direitos fundamentais quando da obtenção de provas e a inadmissibilidade processual do respectivo material é fato consolidado em vários sistemas jurídicos, como também ilustram as experiências da Espanha,¹⁷ da Argentina,¹⁸ de Portugal¹⁹ e do próprio Brasil.²⁰ É fato que o rigor da

¹⁴ Tome-se como exemplo a proibição de emprego de métodos coercitivos quando do interrogatório do acusado, estabelecida pelo par. 136a(1) do Código Processual Penal Alemão (StPO): “La libertad de la voluntad de resolución y de la voluntad de participación del inculpado no se puede dañar mediante malos tratos, fatiga, intervención corporal, administración de médios, tortura, fraude o hipnosis. Solo se puede usar de la violencia en tanto que el derecho del procedimiento lo permita. Están prohibidas la amenaza con una medida inadmisibile según sus disposiciones, y la promesa de un beneficio legalmente no previsto”.

¹⁵ Manuel da Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 147.

¹⁶ Manuel da Costa Andrade. *op. cit.*, p. 149.

¹⁷ É o que dispõe o art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ): “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

¹⁸ Um dos primeiros casos a ser julgado foi o Charles Hnos, em 1891, quando a Corte Suprema não admitiu como prova documentos que haviam sido obtidos ilegalmente. Em Montenegro (1981), não foi admitida uma confissão extrajudicial que houvera sido obtida mediante tortura. Em 1984, no caso Monticelli de Prozillo, a Câmara Nacional Criminal e Correccional Federal afirmou que a busca ilegalmente efetuada havia contaminado, outrossim, a apreensão subsequente. Ver, para tanto: Fernando Díaz Cantón. *op. cit.*, p. 338-339; Julio Bernardo. J. Maier: “Inviolabilidad de domicilio”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 8, n. 29, p. 59-117, 1985; Bernadete Minvielle: “Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37, p. 295-315, 1987; José I. Cafferata Nores. “Los frutos del árbol envenenado”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 9, n. 33, p. 491-496, 1986.

¹⁹ Conforme disposto no art. 32 da CF: “[...] 6º. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

²⁰ Como dispõe o art. 5º, LVI da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A recente reforma do CPP regulamentou o texto constitucional, trazendo ainda dispositivos sobre as provas derivadas. Art. 157. “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Par. primeiro. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Par. segundo. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir o fato objeto da prova. Par. terceiro. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.

proposição vem provocando descontentamentos aqui e alhures de modo que novos paradigmas têm sido invocados para a solução do problema, sendo o exemplo mais evidente o do princípio da proporcionalidade.²¹

A dificuldade da delimitação de um critério para a solução do problema relativo às provas ilícitas também é verificada na jurisprudência da Corte EDH. Com efeito, embora reafirme, sistematicamente, o seu papel de guardião da efetividade dos direitos humanos, a Corte, em decisões majoritárias, vem assentando não constituir a sua finalidade a indicação dos parâmetros de admissibilidade de provas, que, no seu entender, devem ser alvo de construção por cada sistema jurídico.

Dessa forma, sob o argumento de que o processo judicial deve ser avaliado em sua totalidade, a Corte EDH não tem se aprofundado no exame de importantes aspectos diretamente relacionados à integridade da ação estatal na obtenção da prova. De fato, as análises cingem-se à apreciação da compatibilidade entre o procedimento adotado pelo Estado e os parâmetros do justo processo estabelecidos pela Convenção, sem que disso possa resultar qualquer afirmação de existência de um direito fundamental à exclusão da prova ilicitamente obtida.²² Nesse sentido, a mera previsão, nos ordenamentos nacionais, de mecanismos processuais viabilizadores do exercício do contraditório ou do reexame das decisões judiciais já seria suficiente para qualificar de justo o processo adotado, ainda que uma prova ilícita nele houvesse sido admitida.

Foi esse o raciocínio, aliás, que prevaleceu no caso *Schenk v. Switzerland* (1988).²³ Naquela oportunidade, a Corte EDH, por maioria, considerou justo o processo conduzido pelos órgãos judiciários daquele país em que haviam sido admitidas gravações clandestinas de comunicação telefônica entre o mandante de um homicídio e o seu executor. Entendeu-se que não poderia ser exigido dos ordenamentos nacionais o cumprimento de um critério regulador da admissão das provas que não havia sido contemplado no rol das garantias judiciais previstas pelo artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos

²¹ Como aponta Nicolas Gonzalez Cuellar Serrano. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 37: "El principio de proporcionalidad surgió en el Derecho de policía y desde allí se extendió posteriormente por todo el Derecho administrativo [...] Tradicionalmente se ha considerado como un límite impuesto a las potestades de la Administración en la adopción y ejecución de actos administrativos...". Mas foi no direito alemão que o princípio foi alçado ao plano constitucional, servindo como importante meio para o exame da constitucionalidade das leis restritivas de direitos mediante a técnica de compatibilização entre meios e fins. Dessa forma, restrições desnecessárias aos direitos fundamentais seriam objeto de correção judicial. Ver, para tanto: Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43-44.

²² Nuala Mole; Catharina Harby. *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. [S.l.]: Conseil de Europe, [199?].

²³ Disponível em <<http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>>. Acesso em 25.02.2009.

Humanos (CEDH).²⁴ Em que pese o resultado final do julgamento, devem ser destacados os votos dissidentes que consideraram existente um vínculo íntimo entre o *fair trial* e a licitude nos procedimentos de obtenção de provas, de modo que qualquer violação dos direitos humanos importaria em prejuízos à boa administração da justiça.²⁵

No caso *Khan v. United Kingdom* (2000), a Corte EDH, novamente por maioria, embora tenha reconhecido a ausência de previsão legal para a realização de gravação ambiental, considerou que a concessão de oportunidades processuais para a discussão sobre a validade da prova havia sido suficiente para conferir ao processo a qualidade de justo. Todavia, o Juiz *Locaides*, em voto dissidente, asseverou que a exclusão de prova obtida em desrespeito à privacidade deveria ser considerada medida naturalmente decorrente da proteção daquele direito.²⁶

O entendimento dominante continuou prevalecendo nos julgamentos subsequentes. Em *P.G. e J.H. v. United Kingdom* (2001),²⁷ por exemplo, a Corte EDH não desqualificou o processo em que haviam sido admitidas gravações ambientais de conversas mantidas por dois presos no interior de suas celas, muito embora tivesse reconhecido a violação do direito à privacidade. Na oportunidade, o Juiz *Tulkeins* advertiu, em voto vencido, que a continuidade de tais posicionamentos acabaria tornando absolutamente ineficaz a tutela da vida privada.²⁸

De qualquer modo, a tendência caminha para o repúdio às posturas estanques abrindo-se espaço para uma ponderação entre os interesses em conflito o que, diga-se, é

²⁴ "While article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible." Semelhante raciocínio foi seguido em vários outros julgados: *Lidi v. Switzerland* (1992); *Vidal v. Belgium* (1993); *Dombo Beheer v. The Netherlands* (1993) e *Schuler-Zraggen v. Switzerland* (1993).

²⁵ Os votos vencidos foram proferidos pelos Juízes: Pettiti, Spielmann, de Meyer e Carrilo Salcedo. Alegaram, em síntese, que a observância da lei quando no procedimento de obtenção de provas não constituiria mera formalidade, mas requisito de primeira grandeza para a configuração do justo processo penal. "To our very great regret, we cannot share the majority's view since in our opinion, compliance with the law when taking evidence is not an abstract or formalistic requirement. On the contrary, we consider that it is of the first importance for the fairness of a criminal trial."

²⁶ O fundamento de seu raciocínio partiu da consideração de que uma condenação fundada em prova obtida mediante violação dos direitos humanos jamais poderia indicar o atendimento da exigência do justo processo. "I cannot accept that a trial can be 'fair' as required by Article 6, if a person's guilt for any offence is established through evidence obtained in breach of the human rights guaranteed by the Convention. It is my opinion that the term 'fairness', when examined in the context of the European Convention on Human Rights, implies observance of the rule of law and for that matter it presupposes respect of the human rights set out in the Convention".

²⁷ <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em 25.02.2009.

²⁸ "The rights enshrined in the Convention cannot remain purely theoretical or virtual because 'the Convention must be interpreted and applied in such a way as to guarantee rights that are practical and effective'.

próprio da proporcionalidade. A ideia central do princípio gravita em torno da configuração de um critério valorativo suficientemente capaz de delimitar o campo de validade das restrições ao exercício dos direitos fundamentais. Decorre, portanto, do próprio sentido informador da noção de Estado de Direito, em que a atuação do poder público está junta aos parâmetros da legalidade, desenhados pela afirmação das liberdades individuais. Nesse sentido, somente poderiam ser consideradas adequadas as medidas que impusessem restrições indispensáveis à salvaguarda de interesses públicos de maior grandeza.

Ocorre que a perspectiva de alternância de soluções é fonte de críticas quanto à pretensa eficácia da proporcionalidade como linha divisória entre o admissível e o inadmissível no terreno das provas ilícitas. Com efeito, a ausência de um critério geral e a necessidade de enfrentamento de cada caso são fontes de constantes incertezas e subjetivismos,²⁹ além de estarem sujeitas ao próprio perigo de banalização da proteção dos direitos fundamentais.

2. O Tribunal Penal Internacional e o regramento probatório

Ao reconhecer expressamente a garantia da presunção de inocência,³⁰ o Estatuto de Roma (ECPI) fixou, dentre outras consequências, o ônus probatório à acusação.³¹ Incumbe à Procuradoria, portanto, a demonstração da veracidade dos fatos imputados na inicial. Por via de consequência, uma condenação somente será cabível quando o Tribunal estiver convencido da responsabilidade do acusado, para além de qualquer dúvida razoável.³² A expressão, de clara influência anglo-americana – *beyond reasonable*

²⁹ Conforme observa Nicolò Trocker: *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 626: “La prima impressione che si coglie dalla riferita evoluzione giurisprudenziale è quella delle gravi incertezze cui può dar luogo l’applicazione pratica del principio di proporzionalità. Non stupisce quindi lo scetticismo di coloro che vendono nel principio in questione un parametro troppo vago e pericoloso per una soddisfacente sistemazione dei divieti probatori.”

³⁰ Art. 66.1: “Everyone shall be presumed innocent until proved guilty before the Court in accordance with the applicable law.” (“Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal de acordo com o direito aplicável”).

³¹ Art. 66.2: “The onus is on the Prosecutor to prove the guilt of the accused”. (“Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado”).

³² Art. 66.3: “In order to convict the accused, the Court must be convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt.” (“Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado além de qualquer dúvida razoável”).

doubt –, ³³ impõe ao julgador um estado de certeza; vale dizer: uma “segurança subjetiva da verdade”, ³⁴ sem a qual o desfecho inevitável será o da absolvição.

Na valoração do material probatório não foram estabelecidas regras técnicas. Vigora, pois, o sistema do livre convencimento, o que não implica afirmar uma admisão irrestrita do material probatório. Com efeito, o ECPI delineou parâmetros de legalidade a serem observados em um momento prévio, que é o do controle e da fiscalização da incorporação das provas. É o juízo de admissibilidade, logicamente antecedente às etapas de produção e de valoração.

2.1. As provas ilícitas: o parâmetro da legalidade

Nem o ECPI nem o Regulamento de Provas e Procedimento se comprometeram com incursões terminológicas, evitando, dessa forma, o emprego de expressões como “prova ilegal”, “ilícita” ou “ilegítima”.³⁵ A omissão, todavia, não implicou ausência de um controle de legalidade, e cujo marco regulatório é dado pelas próprias disposições do ECPI e pelas normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas – artigo

³³ Conforme conceituado por Henry Campbell Black. *Black's law dictionary*. 6.ed. St. Paul: West, 1991, p. 111: “In evidence mean fully satisfied, entirely convinced satisfied to a moral certainty; and phrase is the equivalent of the words clear, precise and indubitable. In criminal case, the accused's guilt must be established 'beyond reasonable doubt', which means that facts proven must, by virtue of their probative force, establish guilt.”

³⁴ Nicola Abbagnano: *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 131.

³⁵ Ao menos no Brasil, a distinção entre prova ilícita e ilegítima tem obtido grande alcance doutrinário e jurisprudencial graças, sobretudo, ao magistério de Ada Pellegrini Grinover (*Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982), calcada, por sua vez, nos ensinamentos de Nuvolone. (“Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”. *Rivista Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, p. 442-475, 1966). Com efeito, o autor inicia a exposição cuidando da prova vedada, assinalando coincidir o conceito com o de meio de prova proibido. Trata-se, portanto, do meio que, embora idôneo para fornecer elementos relevantes para o accertamento de um fato no processo, a sua utilização é vedada pelo ordenamento jurídico. “Il concetto di prova vietata si identifica con quello di mezzo di prova vietato. È mezzo di prova vietato ogni ezzo in sè stesso idôneo a fornire elementi rilevanti per l'accertamento di un fatto dedotto nel processo, e che l'ordinamento giuridico vieta di procurarsi o di utilizzare.” (p. 443). Mais adiante, ao tratar da ilicitude e da ilegitimidade, assevera: “Um divieto ha natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente allà logica e alle finalità del processo; um divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l'ordinamento riconosce ai singoli, independentemente dal processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un'illegalità; ma mentre, nel primo caso, serà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito” (p. 470). E foi nesse sentido que Grinover assinalou: “... para evitar confusões terminológicas e conceituais, utilizaremos a linguagem de Nuvolone: a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação das normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius* à fonte de prova será ilicitamente colhida). Serà nesse sentido mais restrito que nos referiremos às ‘provas ilícitas’” (op. cit., p. 67).

69.7.³⁶ Desse modo, a obtenção de provas em desrespeito a tais disposições já permitiria qualificá-las de ilegais; porém, não é suficiente para torná-las, desde logo, inadmissíveis.

De qualquer modo, que normas são essas que constituem o padrão da legalidade probatória previsto para o Tribunal Penal Internacional (TPI)? Uma observação preliminar sobre o ECPI e sobre as normas internacionais de direitos humanos revela a afirmação de direitos ligados ao indivíduo em geral e justificados em face da necessidade de resguardo de uma esfera irredutível da dignidade humana – proteção à vida, à integridade física e mental, à liberdade, à intimidade, à igualdade etc. –, assim como de garantias judiciais dirigidas, em especial, aos acusados como forma de lhes assegurar o desenvolvimento de um processo justo – juiz imparcial, publicidade dos atos processuais, defesa técnica, direito à prova etc. Em um rigor técnico, os primeiros são denominados direitos e os últimos, garantias. A inter-relação entre ambos é íntima e, por vezes, tênue. Aliás, em última análise, as garantias judiciais se prestam à efetivação do direito à liberdade pessoal.

Nos vários documentos internacionais de direitos humanos que proliferaram no pós-guerra, os direitos individuais e as garantias judiciais, ao menos no plano formal, foram colocados lado a lado. Reconheceu-se, assim, a importância do respeito aos ditames de um devido processo penal como fator essencial para o desenvolvimento da dignidade humana. Dessa forma, os direitos humanos, amplamente considerados, compreendem tanto o núcleo de valores essenciais de toda a pessoa – os direitos propriamente ditos – quanto diversas outras garantias que asseguram a existência desses valores. A inserção de ambas em um mesmo documento da magnitude de uma declaração, ou mesmo de um tratado internacional de direitos humanos, além de resguardar a coesão do sistema jurídico revela a importância conferida, também, às garantias judiciais.

O padrão de legalidade probatória, estabelecido para o processo penal internacional é, portanto, o da subordinação e estrita observância dos direitos humanos. Isso porque os dispositivos constantes no Estatuto, alusivos às garantias processuais, transpõem, em grande parte, as normas já consagradas pelos documentos internacionais relativos à matéria, ou seja, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a CEDH e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Todos compõem o parâmetro da legalidade, ou seja, o fio condutor ao qual deverá se ater o julgador, auxiliado pelas partes processuais, no controle ético-jurídico da incorporação do material probatório.

³⁶ Art. 69.7: "Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible..." ("Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas...").

Ao menos nessa medida houve uma preocupação em se resguardar uma coesão entre os vários níveis protetivos dos direitos humanos. O TPI, por ser expressão de um consenso da comunidade internacional, deve submeter-se a um padrão de respeitabilidade da dignidade humana que também é imposto e exigido a cada um dos Estados nacionais integrantes dessa mesma comunidade.³⁷ O caminho em direção à verdade no processo penal internacional está, portanto, sinalizado pela necessidade de respeitabilidade dos direitos humanos. Não pode ser trilhado a qualquer custo, por mais nobres que sejam os valores lesados e protegidos pela norma material cuja aplicação é pretendida. Por isso, na tentativa de composição dos interesses antagônicos, representados pelo exercício do poder punitivo, de um lado, e pelo resguardo da dignidade do acusado, do outro, procura-se evitar a contaminação do processo com uma admissão indiscriminada das provas. A filtragem estabelecida pelo ECPI, ao menos em tese, se coaduna com o longo processo histórico de afirmação dos direitos humanos, impedindo, destarte, que uma cultura de menosprezo dos valores por eles tutelados seja perigosamente disseminada.

2.2. As provas ilícitas: admissibilidade

O reconhecimento da ilegalidade, contudo, não conduz, automaticamente, à inadmissibilidade do material probatório com a sua consequente exclusão. Aliás, esta decisão somente será tomada quando emanarem sérias dúvidas quanto à confiabilidade da prova obtida ou, ainda, quando a admissão puder afetar a integridade do processo ou causar-lhe grave prejuízo.³⁸ Fica evidente a preocupação do legislador do ECPI em evitar

³⁷ O argumento é de Christoph J. M. Safferling: *Towards an international criminal procedure*. New York: Oxford, 2003, p. 41: "This is so although the ICC exercises international jurisdiction which is primarily allocated to the international community. This community, however, consists formally of several states that create this international institution to perform this jurisdiction. Technically the national state that agrees to cooperate with the ICC gives up its power to adjudicate in the matters dealt with by this body. This originally national power was always limited by human rights. By transferring it to the international level it cannot suddenly lose these commitments. The international institution must therefore necessarily be under the same restraints as the national."

³⁸ Art. 69.7: 7. "Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if: (a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or (b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings." Em francês: "Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles : a) Si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ; ou b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité." ("Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas, quando: a) essa violação suscitar sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou b) sua admissão atentar contra a integridade do processo ou resultar em grave prejuízo deste"). A expressão "fiabilidade" não encontra correspondência no vernáculo. Provavelmente, foi transposta da versão espanhola "fiabilidad" o que remete às noções de confiabilidade e credibilidade.

posturas radicais fundadas na plena admissibilidade ou, mesmo, na inadmissibilidade absoluta. Em síntese, do embate entre o meio proibido e a verdade por ele revelada, a última prevaleceria, desde que nos limites de uma certa suportabilidade de sacrifício dos direitos humanos.

Esta solução somente pode ser compreendida quando postos em exame os anseios da comunidade internacional na construção de uma Justiça Penal Internacional. Ou seja, a prevalência de uma visão estritamente técnica poderia conduzir a soluções fomentadoras do descrédito da via jurisdicional como opção desenvolvida e civilizada de superação dos conflitos atentatórios à segurança internacional. E um estado de desconfiança sobre a eficácia e utilidade da jurisdição penal internacional seria por demais perigoso, principalmente quando levado em consideração o frágil elo estabelecido em torno do TPI, que, a qualquer momento, poderia ser rompido. Na verdade, ao menos nas etapas iniciais de sedimentação dessa ordem, o nível de aceitabilidade fica em parte dependente do grau de efetividade com o qual esteja ela aparelhada para a solução dos conflitos, bem como de sua capacidade em preservar um estado de segurança, coibindo a perpetuação das hostilidades. Ao menos no presente estágio de desenvolvimento de tal ordem penal, a preocupação volta-se para a fixação de bases viáveis à construção de um edifício sólido, capaz de aglutinar a confiabilidade dos Estados nacionais em torno de um órgão jurisdicional independente e supranacional.

Foram estas, note-se, as premissas adotadas pela *Pre-Trial Chamber* quando da confirmação das acusações atribuídas a Thomas Lubanga Dyilo.³⁹ De fato, a defesa havia impugnado a admissibilidade de provas obtidas por ocasião da execução de busca e apreensão na residência de Lubanga por autoridades nacionais sem que aquele estivesse presente, em descumprimento, portanto, das exigências fixadas pelo artigo 33 do Código de Processo Penal do Congo. O vício, inclusive, tivera sido reconhecido pelo próprio Poder Judiciário congolês. A tese, no entanto, não foi acolhida pelo TPI.

Em primeiro lugar, rechaçou-se qualquer interpretação ampliativa do artigo 21(1) (c) do ECPI⁴⁰ que pudesse conferir força vinculativa aos julgamentos proferidos pelas

³⁹ Disponível em <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.pdf>>. Acesso em 10.02.2009.

⁴⁰ Article 21. Applicable law. "1. The Court shall apply: [...] (c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards" (Art. 21. Direito aplicável. "1. O Tribunal aplicará: [...] (c) na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retirar do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, desde que esses princípios não sejam

cortes nacionais. Para a *Pre-Trial Chamber*, são os princípios gerais de direito extraídos dos sistemas nacionais – e não as suas decisões –, que podem servir de fonte de direito, se, e somente se, não forem encontrados parâmetros normativos no ECPI, nos Elementos Constitutivos do Crime, no Regulamento Processual,⁴¹ assim como nos tratados e nos princípios e normas de direito internacional.⁴² Não obstante, o próprio artigo 69.8⁴³ do ECPI impede que o TPI se pronuncie sobre a aplicação do direito interno quando da solução de problemas relacionados com a relevância e a admissibilidade de provas, o que afastaria a eficácia automática da decisão proferida pelas cortes congoleesas.

De qualquer modo, o TPI não se esquivou do exame da legalidade dos procedimentos constritivos realizados pelas autoridades nacionais. Para tanto, a *Pre-Trial Chamber* examinou, inicialmente, os principais documentos internacionais de direitos humanos, destacando em todos o caráter não absoluto do direito à privacidade. Ou seja: as ingerências são plenamente admissíveis, desde que atendidos certos parâmetros. E no caso de Lubanga estes haviam sido respeitados. De fato, além de a ordem ter sido determinada por autoridade judicial aparentemente competente, não houve qualquer prova de que a execução tivesse sido pautada pelo emprego de violência ou por outras formas de abusos. Nesse cenário, a ausência de Lubanga quando da busca em sua residência, ainda que exigida pela legislação processual congoleesa, não poderia ser erigida ao grau de violação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Ocorre que o TPI foi mais além. Com respaldo na jurisprudência da Corte EDH, reconheceu, no princípio da proporcionalidade, uma medida capaz de permitir avaliações sobre a legalidade das ingerências ao direito à privacidade de modo que a manifesta desproporcionalidade *can be characterised as a violation on internationally recognised human rights*.⁴⁴ E foi justamente este o fundamento que levou ao reconhecimento da

incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.”).

⁴¹ Article 21. Applicable law. “1. The Court shall apply: (a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence...” (Art. 21. Direito aplicável: “1. O Tribunal aplicará: (a) em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual...”).

⁴² Article 21. Applicable law. “1. The Court shall apply: [...] (b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict...” (Art. 21. Direito aplicável: “1. O Tribunal aplicará: [...] (b) em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados...”).

⁴³ Article 69. Evidence. [...] “8. When deciding on the relevance or admissibility of evidence collected by a State, the Court shall not rule on the application of the State’s national law.” (Art. 69. Prova. [...] 8. O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado.”).

⁴⁴ Parágrafo 82 da decisão confirmatória da acusação de Lubanga. Ver nota 43.

ilegalidade das buscas realizadas na residência de Lubanga. De fato, para a *Pre-Trial Chamber*, a medida alcançara centenas de documentos que sequer foram utilizados para respaldar a acusação, o que tornaria evidente o caráter indiscriminado da busca.⁴⁵

No entanto, a despeito da reconhecida violação do princípio da proporcionalidade e da declarada ilegalidade na obtenção da prova, não foi esta considerada inadmissível pela *Pre-Trial Chamber*. Em primeiro lugar, porque a ilegalidade não foi capaz de abalar a confiabilidade dos fatos demonstrados pelos documentos apreendidos. E, em segundo lugar, porque a violação à proporcionalidade não foi reputada grave o suficiente a ponto de comprometer a integridade do processo. E, para chegarem a esta conclusão, os juízes se valeram de um procedimento de ponderação entre os direitos do acusado, de um lado, e a luta contra a impunidade – *fight against impunity* –, do outro, e que, por sua vez, informaria as expectativas das vítimas e da comunidade internacional. E mesmo afirmando a ausência de um consenso no âmbito da jurisprudência internacional dos direitos humanos, os juízes reconheceram ser a posição majoritária aquela que admite a exclusão de provas apenas nos casos de violações sérias dos direitos humanos.⁴⁶

Contudo, a equiparação entre os julgados, como se verá, foi equivocada, porquanto inseriu no mesmo plano comparativo decisões que examinaram o descumprimento das normas internacionais de direitos humanos quando da obtenção de provas nos processos judiciais nacionais – no caso da Corte EDH –, e aquelas outras que avaliaram os limites de admissibilidade probatória no âmbito do próprio processo instaurado perante a própria Corte – como no caso das decisões do Corte IDH.

⁴⁵ Conforme parágrafo 81: “Accordingly, the Chamber finds that the search and seizure of hundreds of documents and items pertaining to the Situation in the DRC, conducted in order to gather evidence for the purpose of domestic criminal proceedings infringed the principle of proportionality sanctioned by the ECHR, first, because the interference did not appear to be proportionate to the objective sought by the national authorities and secondly, because of the indiscriminate nature of the search and seizure involving hundreds of items.” Ver nota 43.

⁴⁶ É o que se infere do seguinte trecho da decisão: “The Chamber recalls that in the fight against impunity, it must ensure an appropriate balance between the rights of the accused and the need to respond to victim’s and the international community’s expectations. According to a comparative study of various European legal systems, the issue of the admissibility of illegally obtained evidence raises contradictory and complex matters of principle. Although no consensus has emerged on this issue in international human rights jurisprudence, the majority view is that only a serious human rights violation can lead to the exclusion of evidence.” Daí a referência aos casos *Schenk v. Switzerland*, *Saunders v. United Kingdom*, *Khan v. United Kingdom* e *Van Mechelen and others v. The Netherlands*, todos julgados pela CEDH, assim como aos casos *Ivcher Bronstein*, *Castillo Paez*, *Loayza Tamayo* e *Paniagua* da CIDH, de acordo com a nota 97 da decisão confirmatória da acusação contra Lubanga.

3 ● A prova ilícita no sistema interamericano de proteção de direitos humanos

Há três pontos distintos de análise e que são aqui postos, exclusivamente, em razão do raciocínio desenvolvido no caso Lubanga. Com efeito, de um lado há que se considerar o procedimento probatório no processo instaurado perante a Corte IDH – em especial o grau de tolerância demonstrado por aquela Corte em face das ilegalidades cometidas quando da obtenção de prova. Em segundo lugar, há a delimitação do parâmetro de respeitabilidade dos direitos humanos fixado para os processos judiciais nacionais. E é justamente este que envolve um padrão internacional exegético de legalidade probatória que poderá servir de fonte para futuras decisões do TPI. E, por fim, porém não menos relevante, também serão alvo de análise as opiniões proferidas pela Comissão.

3.1. O procedimento probatório perante a Corte IDH

A liberdade na produção e na valoração do material probatório é uma característica marcante no processo conduzido perante a Corte IDH, como revela o seu próprio regulamento.⁴⁷ Com efeito, não há regras de exclusão probatória informadas pelo emprego de meios ilícitos de obtenção. Ao contrário: há uma clara flexibilidade do procedimento probatório e dos limites de tolerância, o que, diga-se de passagem, atende às próprias expectativas que cercam uma Corte internacional desenhada para a proteção dos direitos humanos. Afinal, o que se almeja é a responsabilização internacional dos Estados por tais práticas, o que não seria alcançado caso se exigisse o mesmo rigor formal que é imposto aos processos nacionais. É, note-se, o que ficou assentado quando do julgamento do caso Velásquez⁴⁸:

[...]

132. El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios, por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos.

⁴⁷ No intuito de alcançar uma maior sistematização, o Capítulo IV prevê regras para a produção probatória e que são fortemente marcadas pelo princípio de liberdade da prova – composto pelos princípios de liberdade do objeto da prova e liberdade do meio de prova.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

133. Esto, que es válido en general en los procesos internacionales, lo es más aún en los referentes a la protección de los derechos humanos.

134. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.

Este raciocínio se consolidou, sendo reiterado em diversas outras oportunidades, como nos casos *Loyaza Tamayo*⁴⁹ e *Paniagua*,⁵⁰ ambos de 1998. Já nos casos *Ivcher*⁵¹ e *Castillo Páez*,⁵² embora a instrumentalidade do processo tenha sido afirmada, o foi sob um viés punitivo, a ponto de não se admitir o sacrifício dos ideais da justiça por conta de “meras formalidades”,⁵³ representadas por eventuais omissões ou retardos.

Mas, foi no caso *Los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru* (2004)⁵⁴ que a Corte IDH se viu frente a um real questionamento sobre a ilicitude dos meios empregados na obtenção de prova. De fato, o Estado peruano impugnou a juntada, pelos representantes das vítimas, de cópias do processo penal conduzido no plano nacional, alegando terem estas sido obtidas independentemente de prévia ordem judicial. De maneira superficial, a Corte decidiu que a necessidade de realização da justiça não poderia ser sacrificada por conta de meras formalidades. É o que se infere do seguinte trecho ora destacado:

58. El sistema procesal es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin que por ello deje la Corte de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes. Este proceso, por ser tramitado ante un tribunal internacional, y por referirse a violaciones a los derechos humanos, tiene un carácter más flexible e informal que el seguido ante las autoridades internas.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acesso em 09.02.2009.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf>. Acesso em 09.02.2009.

⁵¹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em 09.02.2009.

⁵² Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em 09.02.2009.

⁵³ “Con respecto a las formalidades correspondientes al ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.”

⁵⁴ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

3.2. A prova ilícita e o sistema interamericano de proteção de direitos humanos: os paradigmas dados pela Corte IDH

A matéria não foi discutida com profundidade, sendo escassas as decisões em que a ilicitude probatória tenha emergido como questão central perante a Corte IDH. Dos poucos casos, indubitavelmente foi em *Lori Berenson Mejía vs. Peru* (2004)⁵⁵ que os juízes tomaram maior cuidado na análise dos efeitos processuais decorrentes das provas ilicitamente obtidas.

Sob o amparo dos Decretos-Lei 25.659 e 25.475, promulgados em meio a um cenário de convulsão social decorrente da prática de atos terroristas no Peru, Lori veio a ser detida, por membros da Dirección Nacional Contra el Terrorismo, no dia 30 de novembro de 1995, logo após sair de um imóvel. Foi conduzida novamente até o local quando, então, tomou conhecimento de que uma operação policial antiterrorista estava sendo ali executada.

Durante as investigações, Lori foi interrogada sem que pudesse contar com a assistência de um advogado. A sua residência foi palco de buscas sem que estivesse presente. Ademais, foi exibida perante os meios de comunicação e apresentada, publicamente, como uma das organizadoras do movimento terrorista Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Os atos processuais, concretizados perante a Justiça Militar, foram conduzidos nos termos da legislação em vigor, ou seja, perante juízes sem rosto e em audiências secretas. A defesa teve acesso aos autos somente durante duas horas e não pôde entrevistar-se com Lori livremente e com privacidade. A acusação, por sua vez, exibiu o vídeo em que Lori fora apresentada à imprensa, ocasião na qual teria ela admitido a sua vinculação ao grupo terrorista. Ao final, foi condenada à pena de prisão perpétua pelo crime de traição à pátria.⁵⁶

O processo, todavia, foi anulado pelo Supremo Tribunal Militar em razão do reconhecimento da incompetência jurisdicional. Os autos foram, então, remetidos à Justiça Comum, onde Lori foi, novamente, denunciada por envolvimento em atividade terrorista. Como prova, foram apresentadas as declarações, o auto de apreensão e as

⁵⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

⁵⁶ O juízo penal militar considerou provado que Lori era dirigente e líder do grupo MRTA e que teria se feito passar por correspondente de jornais internacionais para, assim, ganhar acesso ao Congresso da República do Peru. Assim agindo, teria fornecido informações para a realização do atentado contra este órgão. Ademais, teria comprado artefatos eletrônicos em benefício da causa, além de ter alugado um imóvel onde foram apreendidos uniformes e apetrechos terroristas.

perícias remetidas pelo foro privativo militar. Na fase instrutória foram produzidas mais provas, tendo a defesa oferecido o vídeo em que Lori fora apresentada à imprensa como dirigente do MRTA.

Ao final, o juízo comum não acolheu as impugnações feitas pela defesa quanto à licitude da prova produzida perante a Justiça Militar. Para tanto, afirmou que a desconsideração de regras mínimas para o exercício da ampla defesa não seria suficiente para qualificar a prova de proibida. Entendeu, ademais, que a autoridade policial teria atuado com plena convicção do cumprimento de seu dever legal e sob o controle da autoridade jurisdicional militar, que até então era a competente para o caso. Lori foi, então, condenada à pena de vinte anos de prisão. Após sucessivos recursos, a CSJ do Peru confirmou a condenação e a pena atribuída.

A Comissão Interamericana levou o caso ao conhecimento da Corte IDH apontando, para tanto, a violação de diversas garantias judiciais no procedimento de obtenção de provas perante o juízo militar, o que impedia pudessem estas ser transpostas e valoradas pelo juízo comum. Argumentou-se que o empréstimo das provas não teria sido capaz de sanar o vício que as maculava, o que somente seria possível com a realização de novo procedimento probatório e perante o novo juízo. Por outro lado, segundo a Comissão a sentença condenatória proferida pelo juízo comum não teria sanado tais vícios, pois deixou de distinguir, em sua fundamentação, as provas lícitas daquelas obtidas ilicitamente. A Corte IDH, no entanto, não enfrentou com profundidade todos os questionamentos.

De fato, de um lado ateu-se ao exame das garantias judiciais, especialmente no processo conduzido perante a Justiça Militar. Aqui, reconheceu a violação das garantias do juiz natural, independente e imparcial. Lembrou a especialidade que cerca tal jurisdição, cuja competência se cinge ao julgamento de militares – e não de civis – e por força de faltas praticadas no exercício de suas respectivas funções.⁵⁷ Por outro lado, a duplicidade de funções – combate aos grupos subversivos e o julgamento dos supostos

⁵⁷ Nesse sentido: “141. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En ese sentido regulaba la jurisdicción militar el artículo 282 de la Constitución peruana de 1979, situación que fue modificada por el artículo 173 de la Constitución de 1993 (*supra* párr. 139). El traslado de competencias de la justicia común a la militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, como sucedió en el presente caso, supone excluir al juez natural del conocimiento de estas causas. La Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.”

autores – foram reputadas tarefas naturalmente incompatíveis, sendo fonte, portanto, de inegáveis prejuízos ao resguardo da imparcialidade.⁵⁸ Quanto à violação da presunção da inocência, a Corte IDH reconheceu a configuração do vício quando da apresentação de Lori aos meios de comunicação. Nesse ponto específico, socorreu-se dos precedentes da Corte EDH⁵⁹ para rechaçar qualquer uso de expedientes que pudessem levar a uma condenação pública de quem ainda é alvo de investigações criminais.⁶⁰

No exame dos procedimentos de obtenção das provas, a Corte IDH apenas reconheceu os vícios cometidos perante o juízo militar. Deixou de examinar, portanto, o grau de contaminação da nova persecução instaurada.⁶¹ Aliás, nesse ponto foi categórica. Além de não encampar a tese exposta pela Comissão, segundo a qual não seria possível distinguir os fundamentos probatórios utilizados pelo juízo comum, reconheceu cumprida a garantia do dever de motivação das decisões pelo Estado peruano.

Foi esse um dos pontos que levou ao voto dissidente proferido pela Juíza Medina Quiroga. Para a Juíza, a Corte IDH teria extrapolado os seus poderes ao apontar quais os elementos probatórios que teriam sido valorados pelas autoridades judiciárias peruanas. No seu entender, este tipo de análise afasta a Corte do papel que é próprio de um órgão jurisdicional internacional, aproximando-a de uma quarta instância jurisdicional. De qualquer modo, Quiroga afirmou ser impossível, dadas as características da sentença proferida pelas autoridades peruanas, identificar as provas que teriam servido de base para a nova condenação, razão pela qual outra não poderia ter sido a solução que o reconhecimento do desrespeito da garantia do devido processo também no segundo julgamento. Nesse sentido:

XXIV. Disiento de esto por dos razones. La primera es que estimo que la Corte no tiene facultades para distinguir entre pruebas y llegar a la conclusión de que para decidir la

⁵⁸ Nesse sentido: “145. En un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos.”

⁵⁹ Caso *Allenet de Ribemont vs. França*, julgado em 10 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em 25.02.2009.

⁶⁰ Nesse sentido: “160. El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.”

⁶¹ Nesse sentido: “La Corte considera que las pruebas del primer grupo son inadmisibles, tomando en cuenta las circunstancias en que se produjeron. Al mismo tiempo este Tribunal advierte que existe, como se ha dicho y acreditado, material probatorio aportado en el curso del proceso ordinario, conducente a establecer los hechos materia del juicio y la sentencia correspondiente. Desde luego, la Corte no se pronuncia acerca de la eficacia de dichas pruebas en el caso concreto, asunto que corresponde a la jurisdicción interna.”

culpabilidad de la señora Berenson sólo se utilizaron en la sentencia de la Sala Nacional de Terrorismo las pruebas del proceso ante el fuero común. Esto constituye, en mi opinión, una transformación de la Corte Interamericana en un tribunal de cuarta instancia, lo que no le está permitido, tanto por las normas que la rigen como por su propia jurisprudencia ya mencionada. La segunda razón es que hacer ese ejercicio de distinción en este caso es imposible, dada la manera cómo se estructura la sentencia penal en el Perú, que no señala taxativamente los medios de prueba que se utilizan para llegar a concluir qué hechos se dan por probados y cuáles no.

XXV. Estimo, en consecuencia, que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana al permitir la introducción de pruebas en el proceso ante el fuero común que no eran válidas por no haberse cumplido con las exigencias mínimas de dicha disposición; que debió declararse que, adoleciendo el segundo juicio realizado en contra de la señora Berenson de una falla substancial en materia de debido proceso, la sentencia no tenía validez y la prisión de dicha señora carecía de justificación. La reparación debió haber sido la liberación de la señora Berenson.

De qualquer modo, a ausência de um exame mais aprofundado sobre a violação de direitos humanos quando da obtenção de material probatório também se fez sentir no *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Peru*.⁶² A despeito dos registros de que documentos teriam sido apreendidos em poder de Garcia Asto por ocasião de sua detenção ilegal, executada por policiais da Dirección Nacional Contra el Terrorismo e também em razão de buscas realizadas em sua residência, independentemente de prévia ordem judicial, a Corte IDH não se pronunciou a respeito, deixando, assim, de fixar importantes paradigmas sobre a respeitabilidade do direito à privacidade.

A ilegalidade da prisão, tema recorrente na Corte IDH, foi retomada no caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*,⁶³ porém sob o viés de insuficiência de material probatório. Colombiano, Calderón foi detido por autoridades aduaneiras equatorianas na posse de uma mala que, supostamente, continha pó de cocaína. Foi preso e assim mantido por cinco anos. As autoridades, no entanto, não cumpriram os procedimentos previstos na legislação nacional para confirmação da materialidade delitiva, o qual exigia um relatório do Departamento Nacional de Controle e de Fiscalização de Estupefacientes. A ausência de justa causa, obviamente, não passou despercebida pela Corte IDH que, dessa forma, afirmou a ilegalidade da custódia em face da inexistência de prova. Mas não é

⁶² Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

⁶³ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

só. Também reconheceu a ilegalidade da forma como o interrogatório policial teria sido conduzido, vale dizer, sem a assistência de advogado ou mesmo de autoridades consulares. Aqui a Corte reconheceu a violação da garantia da ampla defesa e, por conseguinte, a imprestabilidade do interrogatório.⁶⁴

3.3. Provas ilícitas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Já na Comissão Interamericana, interessante questão aportou no caso *Arley José Escher e outros* (2007)⁶⁵ envolvendo o resguardo do direito à privacidade com relação aos procedimentos de interceptação das comunicações telefônicas concretizado por autoridades brasileiras.

Com efeito, de acordo com a Comissão, após a provocação da Polícia Militar⁶⁶ – que não detinha atribuição constitucional para promover investigação criminal –,⁶⁷ a Justiça Estadual do Paraná, de forma singela e sem qualquer fundamentação, teria deferido a interceptação de uma linha telefônica instalada na sede da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda., com o objetivo de apurar ilícitos penais relacionados com a invasão de terras promovida pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Além da ausência de qualquer fundamentação, segundo a Comissão, a medida teria alcançado uma outra linha telefônica além daquela especificada no requerimento policial e prolongou-se por tempo superior ao previsto em lei.⁶⁸ Como se não

⁶⁴ Nesse sentido: “A su vez, la Corte observa que el señor Acosta Calderón, como detenido extranjero, no fue notificado de su derecho de comunicarse con un funcionario consular de su país con el fin de procurar la asistencia reconocida en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. El extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. En este sentido, la Corte también ha señalado que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo. La inobservancia de este derecho afectó el derecho a la defensa del señor Acosta Calderón, el cual forma parte de las garantías del debido proceso legal.”

⁶⁵ <<http://www.cidh.org>>. Acesso em 25.02.2009.

⁶⁶ Órgão integrante do sistema de segurança pública, incumbido da polícia ostensiva e da preservação da ordem pública.

⁶⁷ De acordo com o disposto no art. 144 da CF do Brasil, compete à Polícia Civil dos Estados a investigação de infrações penais, a exceção daquelas de natureza militar e daquelas de competência da Polícia Federal, incumbindo à Polícia Militar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

⁶⁸ Conforme preceituado pelo art. 5º, XII da CF do Brasil, o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas é inviolável, salvo neste último caso, por ordem judicial

bastasse, trechos das conversas interceptadas, que deveriam ser mantidas em sigilo, foram divulgadas em rede nacional de televisão.

A Comissão entendeu que todo o procedimento, incluindo, a decisão judicial, havia sido “ilegal”, “ilegítimo” e “inválido”.⁶⁹ Em primeiro lugar, pela usurpação de atribuição constitucional por parte da Polícia Militar que, no seu entender teria promovido atos próprios de investigação criminal, os quais lhe eram estranhos. Em segundo lugar, pela absoluta ausência de fundamentação da ordem judicial. E, finalmente, pelo prolongamento da medida por prazo superior ao previsto pela legislação brasileira, sem qualquer justificativa razoável.

Segundo a Comissão, todos os atos representaram clara afronta ao direito de proteção da honra e da dignidade previstos pelo artigo 11 da Convenção Americana,⁷⁰ o qual assegura o respeito da privacidade contra ingerências estatais arbitrárias. Todavia, restrições, desde que razoáveis e adequadas com os ditames da Convenção, seriam perfeitamente admissíveis. E, nesse ponto, a Comissão socorreu-se de precedentes da Corte EDH para delimitar o parâmetro de razoabilidade das interceptações telefônicas. Dessa forma, tais medidas somente poderiam ter lugar quando presentes dados fáticos e indícios suficientes que permitissem supor que alguém iria cometer, ou estaria prestes a cometer, alguma infração penal de natureza grave (*Klass v. Alemanha, 1978*⁷¹ e *Lüdi v. Suíça, 1992*⁷²). Mas não foi só. A Comissão também considerou a necessidade de que as leis regulamentadoras fossem claras e detalhadas, não abrindo margem para dúvidas ou aberturas. (*Kruslin v. France, 1990*).⁷³

na forma a ser estabelecida pela legislação infraconstitucional. A matéria foi regulamentada pela Lei 9.296/96, cujo art. 5º exige decisão judicial fundamentada fixando o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período, desde que demonstrada a indispensabilidade da medida.

⁶⁹ Conforme expressamente afirmado no parágrafo 90: “En suma, la solicitud de autorización para la interceptación de una línea telefónica; la orden emitida por la autoridad judicial en relación com dicha solicitud; y la implementación de tal orden fueron ilegales, ilegítimas e inválidas. Además, la interceptación se efectuó tambien respecto de otra línea telefónica sin que mediara solicitud ni orden de autoridad; y respecto de ambas líneas telefónicas se extendió más allá del tiempo legalmente permitido.”

⁷⁰ Art. 11.2: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

⁷¹ <<http://cmiskp.echr.coe.int>. Acesso em: 25.02.2009.

⁷² <<http://cmiskp.echr.coe.int>. Acesso em: 25.02.2009.

⁷³ <<http://cmiskp.echr.coe.int>. Acesso em: 25.02.2009.

4 ● Conclusões

1. A proibição de incorporação processual do material probatório obtido ilícitamente é medida que integra a complexa engrenagem da cultura de respeitabilidade dos direitos humanos. A afirmação de importantes direitos estaria seriamente comprometida caso o Estado pudesse valer-se de meios e de expedientes ilícitos. Mesmo assim, a maior ou menor tolerância por parte dos diferentes sistemas jurídicos está diretamente relacionada com o humor político do Estado. Dessa forma, onde o comprometimento com os valores da dignidade humana for mais sensível, maior será o rigor nas regras de exclusão. De qualquer modo, verifica-se uma clara tendência por parte de diferentes sistemas jurídicos de abrandamento da inadmissibilidade processual absoluta das provas ilícitas. E é justamente nesse contexto que se inserem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além do critério da boa-fé policial.

2. A despeito do evidente vínculo entre a inadmissibilidade das provas ilícitas e o respeito aos direitos humanos, os diferentes tratados internacionais sobre a matéria não incorporaram regras expressas de exclusão em um claro sinal quanto à falta de consenso no trato da questão. Explica-se, assim, a recusa da Corte EDH de fixar parâmetros de admissibilidade, relegando tal papel aos próprios sistemas nacionais.

3. Nesse cenário, o sistema desenhado para o TPI é revelador de uma solução de consenso que procurou evitar posturas rígidas. O padrão da legalidade é informado pelo próprio ECPI e também pelas normas internacionais de direitos humanos. No entanto, o desrespeito de tais regras quando da obtenção das provas não induz automaticamente à exclusão do material. É nesse ponto que um espaço de ponderação é aberto aos julgadores. Ou seja: as provas somente serão excluídas quando o resultado por elas revelado não for confiável ou quando a incorporação importar em grave prejuízo à integridade do processo.

4. Fica claro, portanto, o receio do legislador do ECPI de que posturas normativas rígidas pudessem levar ao descrédito da própria ordem penal internacional. Daí a concessão de um campo de liberdade de ponderação aos julgadores. O objetivo é que o próprio TPI avalie os limites da suportabilidade processual da violação dos direitos humanos, construindo, dessa forma, paradigmas que possam ser reexaminados sempre que o contexto histórico e político assim o exigir.

5. No caso Lubanga, ao enfrentar a impugnação defensiva quanto à incorporação de documentos obtidos em uma busca domiciliar que não teria atendido a todos os requisitos da lei processual congoleza, o TPI afirmou a ilicitude após concluir que a medida havia extrapolado o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, ainda que não expressamente declarado nos documentos internacionais de direitos humanos, o TPI, com respaldo na jurisprudência internacional, reconheceu, em tal princípio, uma medida capaz de permitir avaliações sobre a legalidade de ingerências ao direito à privacidade.

6. Ocorre que a reconhecida ilegalidade não foi reputada suficientemente capaz de afastar a incorporação das provas impugnadas. E, nesse caminho, ao buscar apoio na jurisprudência internacional, ao menos aquela oriunda da Corte IDH, o TPI não foi feliz. Isso porque os casos citados se referem ao padrão probatório imposto por aquela Corte aos processos ali instaurados. Não envolvem, portanto, a discussão de violação dos direitos humanos pelos Estados nacionais quando da obtenção de provas nos processos internos.

7. Nesse ponto, é importante frisar o equívoco metodológico na incorporação daquela jurisprudência oriunda do Corte IDH. Afinal, os objetivos de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos não se confundem com o papel do TPI. De fato, enquanto o primeiro julga a responsabilidade internacional dos Estados, o segundo enfrenta a responsabilidade penal internacional de indivíduos. Lá estão em jogo, fundamentalmente, interesses patrimoniais, além da imagem internacional do Estado. Aqui é a liberdade da pessoa que é posta em discussão diante da perspectiva de imposição de uma pena privativa de caráter perpétuo. Natural, portanto, que a defesa dos direitos e das garantias individuais assumam uma proporção maior, o que diminuirá, por consequência, o nível de tolerância quanto ao emprego de métodos ilícitos de obtenção de provas.

8. A bem da verdade, o caminho deveria ser outro, qual seja: a identificação de um parâmetro internacional de suportabilidade de violação dos direitos humanos quando da obtenção e produção de provas. Daí a importância do papel desempenhado pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Afinal, estes os órgãos conferem uma certa uniformidade na interpretação regional de suas respectivas Convenções.

9. A jurisprudência da Corte IDH, no entanto, é escassa nessa matéria. Com efeito, no único caso a merecer destaque – *Lori Mejía vs Peru* – a ilegalidade probatória foi afirmada como uma decorrência do reconhecimento da violação das garantias do juiz natural, independente e imparcial. Estranhamente, contudo, a maioria dos julgadores não reconheceu a imprestabilidade da prova, de modo que foi ela transposta do juízo militar ao juízo comum como se fosse possível remediar um vício de origem.

10. A ausência de um critério definido sobre a temática das provas ilícitas por parte da Corte IDH aumenta as expectativas que cercam o caso *Arley José Escher v. Brasil*. Afinal, a Comissão Interamericana examinou os procedimentos que cercaram a interceptação de comunicações telefônicas apontando uma série de irregularidades, dentre as quais o descumprimento da garantia de motivação das decisões judiciais. É possível que eventual decisão estabeleça importantes critérios na fixação de limites para as restrições ao direito à privacidade, especificamente na inviolabilidade das comunicações telefônicas.

11. De qualquer modo, na aplicação do artigo 69.7 do ECPI, o TPI deve socorrer-se de decisões que efetivamente examinem os efeitos processuais decorrentes da violação dos direitos humanos quando da obtenção de provas. Afinal, são estas as reais fontes de interpretação das normas internacionais de direitos humanos, e não aquelas que ditam o regime probatório para os processos conduzidos perante as Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Bibliografía

- ABBAGNANO, Nicola: *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ANDRADE, Manuel da Costa: *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- BELL, Cedric D.: *Evidence*. 8. ed. London: HLT, 1996.
- CAFFERATA NORES, José I.: “Los frutos del árbol envenenado”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 9, n. 33, p. 491-496, 1986.
- CAMPBELL BLACK, Henry: *Black's law dictionary*. 6.ed. St. Paul: West, 1991.
- Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília: Senado Federal, 1988.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), de 22 de noviembre de 1969. <<http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>> (25.2.2009).
- Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, <<http://www.planalto.gov.br>> (5.4.2004).
- DÍAZ CANTÓN, Fernando: “Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba”. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A.
- European Convention on Human Rights, Rome, <<http://www.echr.coe.int>> (25.02.2009).
- GONZALEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990.
- HAIKABEDIÁN, Maximiliano: “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002.
- GÖSSEL, Karl-Heinz: “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa: Aequitas, ano 2, fasc. 3, jul-set., 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini: *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- KAPLAN, John, Jerome H. SKOLNICK e Malcom M. FEELEY: *Criminal justice: introductory cases and materials*. 5. ed. New York: The Foundation, 1991.
- LAFAVE, Wayne R., e Jerold H. ISRAEL: *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992.
- MAIER, Julio Bernardo J.: “Inviolabilidad de domicilio”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 8, n. 29, p. 59-117, 1985.

- MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MINVIELLE, Bernadette: “Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37, p. 295-315, 1987.
- MOLE, Nuala, e Catharina HARBY: *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en oeuvre de l’ article 6 de la Convention européenne des Droits de l’ Homme*. [S.l.]: Conseil de Europe, [199?].
- NUVOLONE, Pietro: “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”. *Rivista Diritto Processuale*, Pádua, v. XXI, p. 442-475, 1966.
- ROTHSTEIN, Paul F., Miran S. RAEDER e David CRUMP: *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997.
- Rome Estatute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, <<http://www.icc-cpi.int/>> (25.02.2009).
- Rules of Procedure and Evidence, New York, 10 September 2002, <<http://www.icc-cpi.int/>> (25.02.2009).
- SAFFERLING, Christoph J. M.: *Towards an international criminal procedure*. Nova York: Oxford, 2003.
- STONE, Richard: *Exclusion of evidence under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: practice and principles*. Disponível em <<http://webjcli.ncl.ac.uk/articles3/stone3.rtf>>. Acesso em 10.02.2009.
- TROCKER, Nicolò: *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão: Giuffrè, 1974.

LÍMITES Y ALCANCES DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ramiro J. García Falconi

RESUMEN. Resulta fundamental para la adecuación del proceso penal en Latinoamérica, con el marco de protección de los derechos humanos, la aplicación de las resoluciones del sistema interamericano de derechos humanos en las decisiones judiciales nacionales. La privación dentro del proceso es legítima siempre que no vulnere el principio de inocencia, y cuando exista tensión entre la primera y la segunda deberá decidirse a favor de esta. No puede considerarse legítima la detención o prisión preventiva que se funde en criterios o métodos que puedan ser reputados irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. La privación de libertad dentro del proceso no puede sustentarse en criterios de peligrosidad de la persona o del acto y solamente puede justificarse legítimamente en la necesidad de alcanzar los fines del proceso, en específico la vinculación del procesado al juicio y la adecuada práctica de la actividad probatoria.

ABSTRACT. In order for criminal procedures in Latin America to provide adequate protection of human rights, the resolutions of the Inter-American system of human rights need to be applied in domestic judicial decisions. Imprisonment during the proceedings is lawful only if it does not violate the presumption of innocence, and in case of conflict, the second principle must be preferred. Arrests or detentions based on reasons or methods which may be deemed unreasonable, unforeseeable or lacking in proportionality are unlawful. Imprisonment during the proceedings may not be grounded on the dangerousness of the person to society or of the action, and may only be legally justified by the need to fulfil the purposes of the proceedings and the adequate taking of evidence.

Uno de los puntos de ruptura, si no el principal, entre el Estado liberal, construido sobre los fundamentos de la filosofía de la Ilustración, y el Antiguo Régimen con su viejo sistema penal es el lugar que se les dio tanto a la garantía de libertad ambulatoria cuanto al principio de inocencia, por el cual solo podría aplicarse una sanción o pena a aquel a quien se le hubiera comprobado debidamente su responsabilidad en el cometimiento de un delito y declarado como tal por sentencia condenatoria ejecutoriada.¹ Estos principios adoptados por los países de influencia occidental fueron acogidos con especial énfasis por los tratados y convenios internacionales que sobre derechos humanos han sido emitidos, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX.

La estructuración y consolidación del modelo de Estado constitucional de derecho, en el cual la vulneración de la esfera de la libertad que implica la intervención penal solo se justifica como último recurso o *última ratio*, conlleva un reforzamiento del respeto de la garantía de libertad ambulatoria y el principio de inocencia, y se obliga por tanto a que la aplicación de medidas procesales de privación de libertad tenga un carácter limitado, restrictivo y residual. Es así, conforme veremos en el siguiente análisis, que uno de los aspectos en los cuales la jurisprudencia que sobre derechos humanos ha sido emitida por los tribunales internacionales y en específico por el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) se refiere justamente a los casos de privación de libertad, criterios que sin lugar a dudas serán de utilidad para quienes deben aplicar el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

El documento más importante que en lo regional se ha dictado en materia de derechos humanos —me refiero a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica— establece en su artículo 7, al igual que el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los límites que no podrán franquear las medidas privativas de la libertad. Estos límites solo encuentran su real concreción a través de las decisiones del SIDH, esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como las decisiones que la justicia de cada país adopte. La asunción de nuevos marcos constitucionales en varios países latinoamericanos, entre ellos la República del Ecuador, ha promovido una mayor influencia de los convenios y tratados internacionales relativos a derechos humanos en las decisiones judiciales. La remisión tácita que la nueva Constitución de Ecuador hace al *bloque de constitucionalidad*, con los convenios y tratados internacionales en el mismo nivel que la Constitución, obliga a los

¹ Artículo 76.2 de la Constitución ecuatoriana.

operadores judiciales a acudir a dichos convenios y tratados, así como a las decisiones de aplicación, para la tramitación diaria de los procesos. Esta adecuación teórica de los procesos penales a los principios del derecho internacional de los derechos humanos choca, sin embargo, con la realidad procesal y sobre todo carcelaria de los países latinoamericanos, en los cuales la vulneración del principio de inocencia y la apelación recurrente a las medidas de privación de libertad constituyen casi una constante. Basta ver el número de presos sin sentencia en las cárceles sudamericanas para corroborarlo sin mayor esfuerzo.

Para efectos del presente trabajo, considero necesario analizar los presupuestos que sobre la detención y prisión preventiva han establecido tanto la Comisión como la Corte IDH, pues de esa forma podremos determinar no solo los parámetros que desde el SIDH se imponen a los sistemas nacionales de justicia, sino sobre todo aquellas decisiones que puedan tener relevancia en la aplicación e interpretación de la Corte Penal Internacional.

1 • La libertad y sus garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales

La libertad como atributo inviolable de la persona humana constituye parte de la esfera individual de esta, que el Estado no puede vulnerar o en la que solo puede penetrar limitadamente. Ello implica que en la protección de este y los demás derechos humanos está necesariamente comprendida la restricción al ejercicio del poder estatal. La libertad, de acuerdo con definición de la Corte IDH,² sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la CADH.

² Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, serie C, n.º 170, § 52.

En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los estados americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De lo dicho por la Corte, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

En ese contexto, el artículo 7 de la CADH establece las garantías destinadas a salvaguardar la libertad personal, entendida para los efectos de dicha norma como la libertad física. Esta salvaguardia debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física, tal como lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).³

Respecto de la privación de libertad física, el artículo 7.2 de la CADH contiene como garantía específica la prohibición de detenciones o arrestos ilegítimos, mientras que el 7.3 establece que se proscriben la detención o el encarcelamiento arbitrarios. Tenemos entonces dos formas sutilmente diferenciadas de detención proscrita por la Convención, pues los límites entre una y otra en casos específicos pueden resultar vagos y difusos, por lo que resulta importante analizar el desarrollo jurisprudencial del tema por la Com IDH y la Corte IDH.

Esta última señala en varias de sus sentencias que, según el artículo 7.2, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en ella (aspecto formal). El artículo 7.3 formula una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aun calificados de legales, puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.⁴ Cualquier vulneración de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención conllevará necesariamente la violación del numeral 1 de dicho artículo.⁵

³ TEDH, caso *Engel y otros contra los Países Bajos*, sentencia del 8 de junio de 1976, § 57.

⁴ Caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros contra Guatemala)*, sentencia del 11 de septiembre de 1997, serie C, n.º 32, § 131; caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, n.º 35, § 43; y caso *Gangaram Panday contra Surinam*, sentencia del 21 de enero de 1994, serie C, n.º 16, § 47.

⁵ Caso *Yvon Neptune contra Haití*, sentencia del 6 de mayo de 2008 Serie C, n.º 180.

2. Detención ilegítima

En el análisis de la privación ilegítima de la libertad, la Corte IDH subraya la necesidad de que la detención se adecue a las causas y condiciones establecidas por los marcos constitucionales y ordenamientos jurídicos nacionales, a efecto de no contravenir lo dispuesto en el artículo 7.2 de la CADH. En ocasiones es imposible determinar, como lo reconoce expresamente la Corte IDH,⁶ esta necesidad de que la detención se ajuste a las “causas y condiciones fijadas de antemano” por la Constitución Política o por leyes dictadas conforme a ella, así como si tal Constitución o leyes eran compatibles con las ideas de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad que deben caracterizar a toda detención o retención legal para que no se las considere arbitrarias. Esta dificultad probatoria se produce pese a que la utilización de pruebas indirectas, como las circunstanciales, indicios o presunciones, se encuentra expresamente admitida por la propia Corte, que establece como requisitos para el efecto que sean coherentes, se confirmen entre sí y permitan inferir conclusiones sólidas sobre los hechos que examinan.⁷

La garantía primaria del derecho a la libertad física, de acuerdo con la redacción del artículo 7.2, está constituida por la reserva de ley, según la cual solamente a través de esta puede afectarse el derecho a la libertad de una persona. Esto obliga a acudir a la definición de ley que la propia Corte ofrece:

[...] 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.⁸

Este principio de legalidad o de reserva de ley necesariamente va ligado al principio de tipicidad, por el cual los estados se encuentran obligados a establecer, tan concretamente como sea posible y de antemano, las causas y condiciones de la privación de la libertad física. Con ello el artículo 7.2 de la CADH remite a la normativa interna, por lo cual, si no se cumpliera alguno de los requisitos establecidos en la ley nacional, la privación de libertad física será ilegítima y contraria a la Convención.

⁶ Caso *Gangaram Panday*, loc. cit., § 48.

⁷ Caso *Niños de la calle*, loc. cit., § 69.

⁸ “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, opinión consultiva OC 6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A, n.º 6, § 38.

En el caso de detención sin autorización judicial previa, por ejemplo, aun cuando dicha autorización haya sido expedida posteriormente, la Corte ha sido enfática al señalar que constituye una violación al artículo 7.2. También la detención en la cual el Estado no hubiera informado a las víctimas de las “causas” o “razones” de su detención, en cuyo caso esta devendría ilegal y por tanto violatoria del artículo 7.2, sin perjuicio de constituir simultáneamente violación del artículo 7.4 de la CADH. No así el que no se le hubiera mostrado físicamente la orden de detención si esto no consta como requisito formal en la legislación interna, como en el caso de Ecuador.⁹

Del mismo modo, la vulneración del artículo 7.5 —esto es, la demora en llevar a una persona detenida o retenida ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales— puede conllevar la violación del artículo 7.2 si la legislación nacional establece un plazo máximo dentro del cual deberá presentarse al detenido ante juez competente, como en los casos de Argentina o Ecuador, por ejemplo. Otro caso en que la Corte IDH considera que se viola el artículo 7.2 es el de la detención que sobrepasa el máximo legal permitido, aun cuando al principio hubiera podido considerarse legítima.

En cuanto a la diferencia entre detención ilegítima y detención arbitraria, la Corte IDH reconoce que toda detención ilegal comporta un grado de arbitrariedad, que sin embargo estaría subsumida en el propio artículo 7.2, pues la arbitrariedad a la que hace referencia el artículo 7.3 tiene un contenido jurídico propio, que no solamente lo determina la inobservancia de la normativa nacional, sino incluso el cumplimiento de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico nacional que eventualmente se encontraran en contradicción con lo establecido en la Convención. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha precisado:

[...] no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales”. Ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no solo lícita sino además razonable en toda circunstancia.¹⁰

⁹ Caso *Chaparro y Lapo*, loc. cit. § 69; caso *Daniel Tibi contra Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114, § 103.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso *Albert Womah Mukong contra Camerún* (458/1991), 21 de julio de 1994, documento ONU CCPR/C/51/D/458/1991, § 9.8.

Este criterio también es compartido por el TEDH, el cual ha establecido que, si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos previstos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la CADH.¹¹ Estas consideraciones llevan necesariamente al análisis del artículo 7.3 de la Convención, esto es, la prohibición de someter a alguien a detención o encarcelamiento arbitrarios.

3. Detención arbitraria

Con frecuencia resulta difícil delimitar dónde termina la detención ilegítima y comienza la detención arbitraria, pues en ocasiones la diferencia radicará en la gravedad de la vulneración o en su reiteración. Sin embargo, tanto la jurisprudencia interamericana como la europea insisten en la necesidad de no confundirlas, no solamente por sus diferentes efectos, sino porque cada una tiene un contenido jurídico propio.

Ya hemos visto que la declaración de arbitrariedad de una detención o encarcelamiento no depende solamente de la contradicción con la normativa interna, sino sobre todo de la vulneración de la CADH, aun cuando esta detención respetara las normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional. Aún más: la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido.¹² Esto quiere decir que una detención ilegítima e incluso una inicialmente legítima pueden tornarse en arbitrarias si el Estado incurre en actos que contravengan el sistema de protección de los derechos humanos. Una detención arbitraria, en cambio, no podrá volverse legal en ninguna circunstancia, criterio que es compartido por el TEDH, el cual afirma textualmente

¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Kemmache contra Francia*, sentencia del 24 de noviembre de 1994, § 37. El Tribunal señaló lo siguiente:

“The Court reiterates that the words ‘in accordance with a procedure prescribed by law’ essentially refer back to domestic law; they state the need for compliance with the relevant procedure under that law. However, the domestic law must itself be in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein. The notion underlying the term in question is one of fair and proper procedure, namely that any measure depriving a person of his liberty should issue from and be executed by an appropriate authority and should not be arbitrary (see the *Winterwerp v. the Netherlands*”, sentencia del 24 de octubre de 1979, serie A, n.º 33, pp. 19-20, § 45).

¹² Caso *López Álvarez contra Honduras*, sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, n.º 141.

que “en un Estado que defiende la supremacía del Derecho, una detención arbitraria no puede nunca ser legal”.¹³

Como antecedente de la detención arbitraria, la Corte IDH establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aun calificados de legales, puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.¹⁴ Los criterios señalados han sido desarrollados en sentencias posteriores, pues en el caso de la proporcionalidad, la Corte IDH afirma que del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia, mientras que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no pueden constituir por sí mismas justificación suficiente de la prisión preventiva.

Ya analizaremos la prisión preventiva posteriormente; baste ahora decir que a criterio de la Corte esta es una medida cautelar y no punitiva, por lo que se entiende como infracción de la Convención la privación de libertad durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, pues esto equivale a anticipar la pena.¹⁵

Respecto de la previsibilidad como calidad de cualquier medida no arbitraria restrictiva de la libertad, ya hemos hecho un breve análisis sobre la reserva de ley como garantía primaria del derecho a la libertad física. Debemos añadir solamente que, en el caso de la detención arbitraria, esa previsibilidad no se predica solamente de las normas que componen el ordenamiento jurídico, sino sobre todo de la propia CADH, pues una medida privativa de libertad podrá considerarse arbitraria aun cuando responda a norma expresa, si esta norma contradice la propia Convención. No es suficiente —dice la Corte IDH— que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los siguientes requisitos, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria:

1. Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la CADH. Esta finalidad es considerada legítima cuando procura

¹³ Caso *Wintererp contra los Países Bajos*, sentencia del 24 de octubre de 1979.

¹⁴ Caso *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2005, serie C, n.º 137, § 105; caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 135, § 215.

¹⁵ Caso *López Álvarez*, loc. cit., § 69.

que el acusado no impida el desarrollo del procedimiento ni eluda la acción de la justicia. Así, la Corte IDH no considera una finalidad legítima el evitar la reiteración delictiva, a diferencia del TEDH, para el cual la posibilidad de la comisión de nuevos delitos puede fundamentar legítimamente la imposición de una medida restrictiva de libertad como la prisión preventiva, aun cuando se han establecido diversos matices y limitaciones al respecto.¹⁶

2. Que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido.
3. Que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón la Corte IDH ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a este deba ser excepcional.
4. Que sean medidas estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la CADH.¹⁷

4. Informe Peirano Basso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Considero imprescindible hacer referencia al denominado *Informe Peirano Basso* de la Com IDH, pues este presenta innovaciones y criterios a ser tomados en cuenta en materia de medidas de privación de libertad, sus fines, límites y fundamentos legítimos.

¹⁶ Caso *Engel y otros contra los Países Bajos*, sentencia del 8 de junio de 1978, § 58-59; *Guzzardi contra Italia*, sentencia del 6 de noviembre de 1982, § 92; *Ashingdane contra el Reino Unido*, sentencia del 28 de mayo de 1985, § 41.

¹⁷ Caso *Chaparro y Lapo*, loc. cit., § 93.

En ese informe se señala claramente que, en virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal el imputado debe permanecer en libertad, como regla general. Sin perjuicio de ello, se acepta que el Estado, solo como excepción y en determinadas condiciones, esté facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la advertencia de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia y convertir la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.¹⁸

La Com IDH considera que para establecer razones legítimas que justifiquen la imposición de una medida de prisión preventiva deben tomarse en cuenta tanto la presunción de inocencia como el respeto a la libertad individual, como principios universales, y que de la presunción de inocencia deriva la exigencia de un límite temporal razonable a la prisión preventiva, en virtud del cual toda persona debe recibir el trato de inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario. En virtud de ello, considera como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia u obstaculizar la investigación judicial, mientras que no es legítimo fundar tal medida en fines preventivos, como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no solo por el principio pro hómine, sino también porque esos fines preventivos se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.

La Comisión estima que esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar, por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen exclusivamente a cuestiones procesales del objeto de la investigación, y se viola así el principio de inocencia, el cual impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.¹⁹ Ya se consignó la posición del TEDH, el cual acepta como fundamento legítimo de la prisión preventiva el impedir la reiteración delictiva, posición que choca claramente con la línea mantenida por la Corte IDH.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Peirano Basso, 14 de mayo de 2007, caso 12.553, § 70.

¹⁹ *Ibidem*, § 84.

5. Obligación de informar a la persona de las razones de su detención y de notificar sin demora del cargo o cargos formulados en contra de ella

El artículo 7.4 de la CADH establece que “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”. Sobre este tema, la Corte IDH estableció que la información de los “motivos y razones” de la detención debe darse “cuando esta se produce”, lo cual “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo”.²⁰ Adicionalmente, el derecho a ser informado de los motivos de la detención permite al detenido impugnar la legalidad de esta, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer, en los términos del artículo 7.6 de la CADH.²¹

La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida, por lo que la información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente incluye, en primer lugar, información sobre la detención misma. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar “en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si solo se menciona la base legal”.²² Esta misma decisión establece un punto de sumo interés, pues en el caso del artículo 7.4, es el Estado el que debe probar que sus autoridades informaron a la persona de los motivos y razones de su detención, lo que permite concluir que la carga probatoria corresponde al Estado.

Sobre el derecho a ser informado de las razones o motivos de detención, la Corte IDH dispone claramente que esta garantía no admite excepción alguna, tomando en cuenta que esa información permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa que debe ser observado independientemente de la forma en que ocurra la detención. Por lo dicho, no cabe aquí diferenciar entre la detención efectuada con orden judicial y aquella infraganti, pues quien ha sido arrestado por un delito flagrante mantiene ese derecho.²³ En su voto razonado de la sentencia antes mencionada, este tema es desarrollado de

²⁰ Caso *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, n.º 99, § 82.

²¹ Caso *Chaparro y Lapo*, loc. cit., § 70.

²² *Ibidem*, § 71.

²³ Caso *López Álvarez*, loc. cit., § 83.

manera acuciosa por el juez Sergio García Ramírez, el cual señala que es inexcusable que quien se ve afectado por la actividad persecutoria del Estado conozca oportunamente el motivo de esta (y el significado, con sus posibles repercusiones), para que la enfrente adecuadamente a través de actos de defensa, normalmente orientados en el sentido que derive del conocimiento de ese motivo.

El artículo 7.4 se refiere a información bastante para acreditar la legitimidad de la actuación estatal (administrativa o judicial, en sus momentos) y brindar la posibilidad de defensa oportuna y adecuada. A criterio de García Ramírez, no debería entenderse que este deber del Estado y este derecho del individuo se satisfacen con la referencia a disposiciones de ordenamientos penales, que podrían ser insuficientes o ininteligibles para el sujeto, pues es preciso que este reciba información sobre los hechos que se le atribuyen (a título de motivos de la actuación estatal). Un aspecto a destacar es que esta exigencia de los derechos humanos acude a corregir la hipótesis —irreal e inequitativa— que supone, a través de una antigua y combatida presunción, que todas las personas conocen la ley y se hallan inmediatamente al tanto de que la han observado o infringido.²⁴

El artículo 7.4 contiene dos obligaciones que deben delimitarse. La primera se refiere a la información que ha de brindarse a la persona detenida o retenida respecto de las razones de su detención, y la segunda trata sobre la notificación sin demora de los cargos formulados contra ella. La primera obligación no especifica que deba ser realizada por escrito, y para la Corte puede satisfacerse de manera oral. No ocurre lo mismo con la segunda obligación, pues a criterio de la Corte IDH la notificación de los cargos formulados siempre debe realizarse por escrito.²⁵

6. Derecho del detenido o retenido a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales

El artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona sea sometida sin demora a revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las

²⁴ Caso *Chaparro y Lapo*, loc. cit.

²⁵ *Ibidem*, § 76.

capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia que lo ampara, mientras no se establezca su responsabilidad.²⁶

Sobre este tema, el TEDH establece que la legitimidad de la detención debe guardar relación con las condiciones tanto procesales como sustantivas, por lo que la persona detenida “debe disponer de un recurso que permita al tribunal examinar no solo el cumplimiento de los requisitos procesales [...] sino también lo razonable de la sospecha que justifique el arresto y la legitimidad de la finalidad perseguida con el arresto y la consiguiente detención”.²⁷ Este mismo órgano considera que, si bien el vocablo *inmediatamente* debe ser interpretado conforme a las características propias de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁸

Para la Corte IDH, la comparencia inmediata debe ser personal y no puede ser suplida por la remisión de un informe o memorial al juez competente, pues los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la CADH son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.²⁹

En cuanto a la calidad de “juez o autoridad competente”, este concepto debe satisfacer los criterios establecidos en el artículo 8.1 de la CADH,³⁰ lo cual implica que el funcionario ante quien es llevado el detenido o retenido debe estar dotado de atribuciones

²⁶ Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110, § 96

²⁷ Caso *Brogan y otros contra el Reino Unido*, sentencia del 29 de noviembre de 1988, serie A, n.º 145-B, § 65.

²⁸ *Ibidem*, § 58-59, 61-62.

²⁹ Caso *Tibi*, loc. cit., § 118.

³⁰ Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, n.º 69, § 74 y 75.

para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la CADH.³¹

7 • Derecho del detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable

El derecho del detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable, o a ser puesto en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso, consagrado en la segunda parte del artículo 7.5, tiene estrecha relación con el artículo 8.1 de la CADH, que establece:

[...] toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La diferencia radica en que la razonabilidad del plazo para el artículo 7.5 se refiere al plazo de detención, mientras que para el artículo 8.1 se refiere a la duración del proceso. Los límites entre lo primero y lo segundo resultan en ocasiones difusos, y la propia Corte IDH reconoce que el concepto de *plazo razonable* no es de sencilla definición.³² Acude para el efecto a lo dicho por el TEDH, el cual analiza este concepto en varios fallos, pues el artículo 8.1 de la CADH es equivalente al artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

A criterio del TEDH deben tomarse tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales.³³

Al estudio de las eventuales demoras en las diferentes etapas procesales, el TEDH ha empleado, para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su

³¹ Caso *Tibi*, loc. cit., § 119.

³² Caso *Genie Lacayo contra Nicaragua*, sentencia del 13 de septiembre de 1997, serie C, n.º 45.

³³ Caso *Ruiz Mateos contra España*, sentencia del 23 de junio de 1993, serie A, n.º 262, § 38, caso *Moreira de Azevedo contra Portugal*, sentencia del 23 de octubre de 1990, serie A, n.º 189, p. 18, § 71. Se señala textualmente: “The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the particular circumstances of the case and having regard to the criteria laid down in the Court’s case-law, in particular the complexity of the case and the conduct of the applicant and of the relevant authorities”.

trámite, el denominado *análisis global del procedimiento*, criterio que la Corte IDH acoge plenamente.³⁴

La aplicación del artículo 7.5 se encuentra supeditada a la legitimidad de la medida privativa de libertad, puesto que en los casos de detenciones ilegítimas o arbitrarias la Corte IDH ha reiterado que no cabe siquiera analizar si la duración de la detención ha sido excesiva.³⁵

8. Derecho de la persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente para que se decida sobre la legalidad de su arresto

Respecto del derecho consagrado en el artículo 7.6, es necesario partir del criterio de la Corte IDH en cuanto a que, para que puedan considerarse existentes las garantías judiciales también conocidas como garantías procesales, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”,³⁶ es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.³⁷ Existen garantías judiciales mínimas que en ninguna circunstancia pueden ser soslayadas, ni aun en períodos de emergencia o excepción. La determinación de qué garantías judiciales son “indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos será distinta según los derechos afectados.

En el caso del derecho consagrado en el artículo 7.6 de la CADH, este debe entenderse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25.1, el cual señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención,

³⁴ Caso *Genie Lacayo*, loc. cit., § 81.

³⁵ Caso *Acosta Calderón contra Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2005, serie C, n.º 129, § 82.

³⁶ Caso *Juan Humberto Sánchez*, loc. cit., § 124; caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, n.º 94, § 147.

³⁷ *Ibidem* § 124.

aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales

Resulta claro que la palabra *amparo* es usada como género, siendo el hábeas corpus la especie, referida fundamentalmente a la tutela de la libertad personal contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que este pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.³⁸

El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente, a cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.³⁹

Por los fundamentos expuestos, al hábeas corpus y al amparo se los considera garantías judiciales no susceptibles de suspensión, pues son indispensables para garantizar la legalidad en un Estado democrático. Esto lo recoge la Corte IDH al señalar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no son susceptibles de suspensión. Según lo dispuesto por el artículo 27.2 de la CADH, estas garantías son aquellas expresamente referidas en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas en el marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de derecho, aun en la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.⁴⁰

El recurso dirigido a garantizar la libertad individual debe ser sencillo y efectivo.⁴¹ Su fin es evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado, al que le corresponde garantizar los derechos de los detenidos. Como ha señalado la Corte IDH, el Estado “tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas

³⁸ “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, opinión consultiva OC 8/87, del 30 de enero de 1987, serie A, n.º 8, § 33.

³⁹ *Ibidem*, § 35.

⁴⁰ “Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, opinión consultiva OC 9/87, del 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9, § 38.

⁴¹ Caso *Juan Humberto Sánchez*, loc. cit., § 85.

con lo que suceda al detenido”.⁴² Cuando hablamos de recursos efectivos, no basta que los recursos existan formalmente, sino que se brinde a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que le permita alcanzar la protección judicial requerida.⁴³

⁴² Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, loc. cit., § 98, y caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, nota 129, § 138.

⁴³ Caso *Tibi*, loc. cit., § 131.

EL DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Salvador Herencia Carrasco

RESUMEN. El derecho de defensa se encuentra reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A diferencia de los otros derechos consagrados en el artículo 8, sobre garantías judiciales, y el artículo 25, referido a la protección judicial, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha dado un amplio desarrollo dogmático a las garantías de la defensa. En la mayor parte de la jurisprudencia examinada, la Corte, más que analizar el contenido y los límites de cada uno de estos derechos, ha descrito cómo cada uno de los hechos constituye una violación a la CADH. Ha sido en los casos seguidos contra el Perú (Loayza Tamayo, Castillo Petruzzi, Cantoral Benavides y Lori Berenson) y contra Ecuador (Acosta Calderón, Suárez Rosero, Tibi, Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez) donde se ha dado un mayor desarrollo de los artículos 8.2 a 8.5. La mayor parte de la jurisprudencia analizada tiene que ver con la práctica de tribunales militares o con casos de personas procesadas por cargos de terrorismo, traición a la patria o narcotráfico. Es decir, aquellos delitos respecto a los cuales los países latinoamericanos tienden a adoptar legislaciones especiales que limitan las garantías procesales, especialmente el derecho de defensa.

ABSTRACT. Article 8.2 of the American Convention on Human Rights recognises the right of defence. Unlike its treatment of the other rights enshrined in article 8, concerning judicial guarantees, and article 25, regarding judicial protection, the Inter-American Court of Human Rights has not made a doctrinal development of the rights of the defence. In most of the cases under study, rather than providing an analysis of the content and limits of each of these rights, the Court has described how each of the events is a violation of the ACHR. The most significant development of Article 8.2 to 8.5 was attained in the cases brought against Peru (Loayza Tamayo, Castillo Petruzzi, Cantoral Benavides and Lori Berenson) and Ecuador (Acosta Calderón, Suárez Rosero, Tibi, Chaparro Álvarez and

Lapo Iñíguez). Most of the jurisprudence analysed concerns the use of military courts or situations in which persons are accused of terrorism, treason against the nation or drug trafficking; that is, the type of crimes for which Latin American countries tend to enact special legislation which limits the right to due process, especially the right of defence.

Las garantías judiciales para el adecuado ejercicio del derecho de la defensa son fundamentales para asegurar un debido proceso y el principio de equidad de armas que debe existir en todo proceso. En este sentido, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce las garantías judiciales, y en los numerales 2, 3 4 y 5 establece las garantías mínimas que la defensa debe tener.¹

Las garantías reconocidas a la defensa en la Convención Americana son meramente enunciativas y constituyen el umbral mínimo de protección. Incluyen: a) la presunción de inocencia; b) derecho de asistencia de un traductor o intérprete; c) la

¹ Los numerales 2 a 5 del artículo 8 de la Convención Americana establecen lo siguiente:

"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

"a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

"b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

"c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

"d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

"e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

"f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

"g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

"h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

"3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

"4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

"5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

comunicación previa y detallada de la acusación formulada; d) el plazo razonable para la preparación de la defensa; e) el derecho de defensa técnica; f) el derecho a tener un defensor; g) el derecho a interrogar a testigos; h) el derecho a no autoinculparse, e i) el derecho a presentar un recurso de apelación. De forma complementaria, el artículo 8 determina las circunstancias bajo las cuales son válidas las confesiones, el non bis in ídem en caso de absolución del inculpado y la publicidad del proceso penal.

El objeto del presente estudio es analizar el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) referido a las garantías establecidas en el artículo 8.2, 8.3, 8.4, y 8.5 de la CADH.

1 • Artículo 8.2: La presunción de inocencia

En el caso *Loayza Tamayo*,² la Corte IDH determinó que el Estado peruano había violado el artículo 8.2 de la CADH debido a que la recurrente fue procesada por el delito de traición a la patria por un tribunal militar, en el cual la estructura del proceso no respetaba las garantías mínimas de imparcialidad ni el reconocimiento de la presunción de inocencia. Sin embargo, cabe destacar que en este fallo la Corte se abstiene de hacer precisión doctrinaria alguna sobre el contenido de este derecho, limitándose a aplicarlo al caso concreto.

De acuerdo con la Corte IDH, el Perú violó esta disposición por la jurisdicción militar “al atribuir a la señora María Elena Loayza Tamayo la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello, pues en todo caso esa imputación solo correspondía hacerla a la jurisdicción ordinaria competente”.³

En el caso *Suárez Rosero*,⁴ la Corte IDH desarrolla el postulado mínimo de la presunción de inocencia, vinculándolo al término de la prisión preventiva.

[...] en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea

² Corte IDH, caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C, n.º 33.

³ *Ibidem*, § 63.

⁴ Corte IDH, caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, n.º 35.

demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.⁵

La Corte IDH reitera este principio en el caso *López Álvarez*⁶ y en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*.⁷ Sin embargo, en el caso *Bayarri*⁸ amplía este concepto, haciéndolo extensible al postulado del artículo 7.5 de la CADH, referido al derecho de toda persona de ser llevada sin demora ante un juez y a que tenga un juicio dentro de un plazo razonable. Al respecto la Corte IDH considera:

[...] al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. A igual conclusión se debe llegar si el Estado mantiene a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana.⁹

En el caso *Cantoral Benavides*,¹⁰ la Corte IDH establece que la garantía de presunción de inocencia pone límites al accionar del Estado y de la administración de justicia con el fin de evitar una estigmatización del procesado ante la opinión pública. En este caso, el recurrente había sido mostrado ante los medios de comunicación, con uniforme de presidiario y enjaulado, como un traidor a la patria. Todo esto se dio a pesar de que aún no se había iniciado el proceso ni había sido condenado por un tribunal competente.¹¹ En un mismo sentido, el caso *Lori Berenson* reitera este criterio.¹² Lo anterior influyó en la condena de veinte años impuesta, a pesar de que no había pruebas suficientes para demostrar su responsabilidad penal, lo que fue confirmado en el indulto que el Estado peruano le concedió a Cantoral Benavides en junio de 1997. Por su parte, Lori Berenson

⁵ *Ibidem*, § 77.

⁶ Corte IDH, caso *López Álvarez contra Honduras*, sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, n.º 141, § 141-144.

⁷ Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, serie C, n.º 170, § 146.

⁸ Corte IDH, caso *Bayarri contra Argentina*, sentencia del 30 de octubre de 2008, serie C, n.º 187.

⁹ *Ibidem*, § 110.

¹⁰ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, n.º 69.

¹¹ *Ibidem*, § 119 y 120.

¹² Véase Corte IDH, caso *Lori Berenson contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, serie C, n.º 119, § 160.

fue sometida a un nuevo proceso penal y en el 2001 fue condenada a veinte años de prisión por actos de terrorismo.

En el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*,¹³ la Corte hace la relación entre la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso. Este es el caso de un grupo de hermanos que fueron detenidos de forma arbitraria, torturados y muertos por las fuerzas del orden, acusados de ser parte de grupos subversivos. La Corte en este caso determinó que este tipo de prácticas, comunes durante la lucha antiterrorista en el Perú,

[...] se enmarcó dentro de una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados, realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales. Este tipo de operativo es incompatible con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para llevar a cabo una detención y de la obligación de poner a los detenidos a la orden de una autoridad judicial competente.¹⁴

En el caso *Ricardo Canese*,¹⁵ la Corte hace un somero análisis de las características de la presunción de inocencia y determina que para condenar a una persona es necesario que exista plena prueba de su responsabilidad penal, y que en caso de duda la persona deberá ser absuelta. A diferencia de los otros fallos analizados hasta aquí, este es sobre injuria y difamación. Lo que ocurrió fue que los tipos penales de estos delitos en el Código Penal paraguayo no contemplaba la verdad de la afirmación hecha como elemento del tipo penal. Es decir, la configuración del ilícito se daba sobre la valoración subjetiva de las afirmaciones, con independencia de su veracidad, lo que condicionaba el accionar de los jueces penales. Esta práctica violó el derecho de presunción de inocencia, lo que incluso llevó a los jueces a impedir la salida del recurrente del país.

La regla establecida por la Corte es que la presunción de inocencia

[...] es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.¹⁶

¹³ Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110.

¹⁴ *Ibidem*, § 88.

¹⁵ Corte IDH, caso *Ricardo Canese contra Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, n.º 111.

¹⁶ *Ibidem*, § 154.

El caso *García Asto y Ramírez Rojas*¹⁷ relaciona el control judicial inmediato como un elemento para asegurar la legalidad de las detenciones y de la presunción de inocencia. En este sentido, la Corte IDH ha determinado:

[...] el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.¹⁸

En el caso *Baena Ricardo*,¹⁹ la Corte IDH precisa que las garantías establecidas en el artículo 8 de la CADH, incluida la presunción administrativa, es aplicable a todos los procesos, sean estos civiles, laborales, fiscales o cualquier otro establecido por la ley, dada su vinculación con el derecho al debido proceso. La razón es la siguiente:

[...] la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.²⁰

2 ● Artículo 8.2.a: Derecho a ser asistido por un intérprete

No existe jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia.

¹⁷ Corte IDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2005, serie C, n.º 137.

¹⁸ *Ibidem*, § 109. Véase también: Corte IDH, caso *Acosta Calderón contra Ecuador*, sentencia 24 de junio de 2005, serie C, n.º 129, § 78, y caso *Tibi contra Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114, § 180.

¹⁹ Corte IDH, caso *Baena Ricardo contra Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, n.º 72.

²⁰ *Ibidem*, § 126.

3. Artículo 8.2.b: Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada

El ejercicio del derecho de defensa en un proceso penal presupone que la persona sea debidamente informada del inicio del procedimiento, pues solo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente al delito que se le imputa. De este modo, este derecho posibilita contradecir no solo los hechos imputados, sino también la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados por la autoridad, por lo que el conocimiento del material probatorio constituye una exigencia ineludible derivada del principio de igualdad de armas.

En el caso *Castillo Petruzzi*,²¹ la Corte IDH analizó las garantías dadas a la defensa para el proceso por cargo de traición a la patria ante la justicia militar, considerando el carácter sumario del proceso y la reducción de los términos procesales establecidos en la ley. Tomando en cuenta la política criminal establecida en aquel entonces para procesar y condenar a las personas presuntamente responsables de cometer delitos de terrorismo y traición a la patria en el Perú, las garantías para que la defensa actuara en condición de igualdad frente al Ministerio Público era materialmente imposible.

[...] la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia del primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.²²

En la sentencia del caso no se analiza el contenido de esta garantía, pero se demuestra sobre los hechos probados lo que constituye una violación del derecho a conocer los cargos y del derecho a tener un plazo razonable para preparar la defensa, y se determina que el Estado peruano violó los artículos 8.2.b y 8.2.c de la CADH.

²¹ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52.

²² *Ibidem*, § 141.

En el caso *Tibi*, un ciudadano francés fue detenido en Ecuador por cargos de narcotráfico, sin orden judicial, lo que configura una forma de detención arbitraria. Cuando fue arrestado, no se le informó de los cargos por los que se lo estaba procesando y no contó con la participación de un abogado defensor. A diferencia de otros fallos, en *Tibi* la Corte IDH elaboró alguno de los elementos contenidos en estos derechos del artículo 8.2 de la CADH. En este caso concreto se exige que la acusación se notifique antes de que la persona detenida rinda su primera declaración, a fin de que pueda preparar su defensa.²³ Adicionalmente, la Corte considera que este requisito es especialmente importante en casos de privación de libertad.²⁴

En *Fermín Ramírez*²⁵ se analizó la correlación entre la acusación y la sentencia en un caso de homicidio de una menor de edad, el cual terminó siendo sancionado con la pena de muerte. En el desarrollo del proceso penal en Guatemala, el fiscal cambió la acusación de forma oral para solicitar la pena capital, sin presentar una ampliación de la acusación o acción similar, y el tribunal aceptó esa modificación sin dar a la defensa la posibilidad de presentar sus descargos. Señala la Corte IDH:

[El imputado tiene] el derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.²⁶

En la sentencia emitida por el tribunal guatemalteco, a fin de poder aplicar la pena de muerte se terminó cambiando no solo la calificación jurídica de los hechos imputados, sino la base fáctica de la imputación penal. Para la Corte IDH, la observancia estricta del contenido de la acusación penal que versa sobre una persona, especialmente en los países donde aún se sigue aplicando este tipo de sanciones, debe ser seguida de forma estricta. De lo contrario se estaría violando el artículo 8.2.b y 8.2.c de la CADH.²⁷

²³ Corte IDH, caso *Tibi contra Ecuador*, loc. cit., § 187.

²⁴ Corte IDH, caso *López Álvarez contra Honduras*, loc. cit., § 149.

²⁵ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, serie C, n.º 126.

²⁶ *Ibidem*, § 67.

²⁷ *Ibidem*, § 76.

4 • Artículo 8.2.c: Concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa

El empleo de los medios de prueba pertinentes y relevantes para la defensa es inseparable del derecho de defensa. Este derecho exige que las pruebas presentadas por el inculpado sean admitidas y practicadas por ser pertinentes y relevantes, sin desconocimiento ni obstáculos, y resulta vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de motivación, o cuando la motivación que se ofrezca sea arbitraria o irrazonable.

El caso *Suárez Rosero* es el primer fallo de la Corte IDH que hace referencia a los literales *c*, *d* y *e* del artículo 8.2 de la CADH. Sin embargo, dado que el Estado ecuatoriano no contradijo los términos de la demanda de la Comisión sobre este aspecto, la Corte no elaboró su contenido, si bien precisó de forma general que, dado el plazo de incomunicación,

[...] el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana.²⁸

Esto fue reiterado en el caso *Cantoral Benavides*.²⁹

El caso *Palarama Iribarne*³⁰ versó sobre un proceso penal originado por la publicación, sin la autorización de la Armada chilena, del libro *Ética y servicios de inteligencia*. El autor posteriormente fue procesado ante el fuero militar por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares y de desacato. El proceso en la jurisdicción castrense establecía que el sumario fuera secreto, salvo las excepciones establecidas por la ley.

En este proceso, a la víctima no pudo declarar ante un tribunal imparcial, ni se le “indicó el motivo para solicitar su comparecencia ni el tema sobre el que versaría dicha declaración, así como tampoco se le realizaron las previsiones sobre su derecho

²⁸ Corte IDH, caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit., § 83.

²⁹ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit., § 125-128.

³⁰ Corte IDH, caso *Palarama Iribarne contra Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 135.

a no declarar contra sí mismo. Por la propia estructura del proceso penal militar y la consiguiente falta de imparcialidad el Fiscal Naval no puede ser asimilado al juez que garantiza el derecho a ser oído”.³¹ La Corte IDH consideró que la estructura de este proceso dificultó la realización de una defensa técnica, lo que resultó en la violación de los artículos 8.2.c, 8.2.d, 8.2.f y 8.2.g de la Convención.

En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, la Corte IDH estableció que la notificación tardía de una diligencia constituye una violación al derecho de defensa y de garantías judiciales, lo mismo que la no presentación de los informes de los peritos que realizaron la prueba.³²

5 • Artículo 8.2.d: Derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor

El derecho a ser asistido implica no solo el libre nombramiento de un abogado, sino también su asistencia efectiva. Para que ello suceda, la autoridad competente debe informar debidamente que su defensa puede ser asumida por el encausado, por un abogado elegido libremente por él o por un defensor de oficio asignado por el Estado.

En el caso *Castillo Petruzzi*, la Corte consideró que el Estado violó el derecho a comunicarse libre y privadamente con el abogado defensor, dadas las limitaciones establecidas por la ley para este tipo de casos. Sin embargo, un aspecto que se debe resaltar es que la legislación peruana en aquel entonces prohibía para los delitos de traición a la patria que un abogado defendiera a más de un inculpado de forma simultánea. Esto fue alegado por la Comisión, pero la Corte IDH rechazó esa práctica como una violación al artículo 8.2.d de la Convención.³³ El criterio fue reiterado en el caso *Cantoral Benavides*.³⁴

³¹ *Ibidem*, § 180.

³² Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, loc. cit., § 152-153.

³³ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, loc. cit., § 146-149.

³⁴ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit., § 125-128.

En el caso *Tibi*, el derecho a ser asistido por un defensor contempla la posibilidad de que los extranjeros puedan comunicarse con los funcionarios consulares de su país, a fin de tener acceso a la protección diplomática regulada en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.³⁵ Esto fue reiterado en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*³⁶ y en la opinión consultiva “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”.³⁷

En el caso *Bulacio*, la Corte precisó el contenido de este derecho:

[...] el cónsul podría asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. En este sentido, la Corte también ha señalado que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.³⁸

6. Artículo 8.2.e: Derecho de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado

El derecho de defensa reconoce con especial proyección el derecho a la asistencia letrada, sobre todo en el marco de un proceso penal. Así, se vulnera el derecho a la asistencia legal cuando el órgano judicial no hace ver al procesado la posibilidad de designar un abogado defensor o utilizar el abogado defensor de oficio. De este modo, no basta con la designación del abogado, sino que es preciso garantizar la efectividad de su asistencia a la defensa, de forma que en el caso de que aquel eluda sus deberes, si han sido advertidas de ello, las autoridades deben sustituirlo o exigirle que cumpla su obligación.

En *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, la Corte IDH determinó que los defensores públicos de oficio deben ser personas idóneas y capacitadas. En este caso, la autoridad

³⁵ Corte IDH, caso *Tibi contra Ecuador*, loc. cit., § 195.

³⁶ Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, loc. cit., § 164.

³⁷ 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.

³⁸ Corte IDH, caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 130.

judicial había obligado a uno de los procesados a ejercer su propia defensa, cuando este carecía de formación jurídica. Posteriormente, la defensa de oficio que le fue asignada a uno de ellos no asistía a los interrogatorios ni tenía interés en asistirlo. Por este motivo, siguiendo el allanamiento del Estado ecuatoriano en este caso, es que Corte IDH subrayó:

[...] la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas.³⁹

7 ● Artículo 8.2.f: Derecho de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de testigos o peritos

En *Castillo Petruzzi*, la Corte IDH no analizó sobre el contenido de este derecho pero al revisar los hechos demostró una violación al artículo 8.2.f. Considerando las limitaciones que la defensa sufrió en este caso, cabe añadir el hecho de que la legislación para el delito de traición a la patria prohibía el interrogatorio a los agentes del orden. Adicionalmente, como el abogado defensor solo podía intervenir a partir de que el inculcado declarase, no se podía analizar o controvertir las pruebas que se encontraban en el atestado policial.⁴⁰ Esto fue reiterado en los casos *Cantoral Benavides*,⁴¹ *Lori Berenson*⁴² y *García Asto y Ramírez Rojas*.⁴³

En el caso *Ricardo Canese*,⁴⁴ el Estado paraguayo también fue condenado porque en el proceso penal por injuria y difamación los jueces no permitieron que la víctima presentara sus testigos o peritos, y se llegó a cerrar el período probatorio durante la primera instancia para evitar que comparecieran los testigos llamados por la defensa.

³⁹ Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, loc. cit., § 159.

⁴⁰ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, loc. cit., § 153.

⁴¹ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit., § 125-128.

⁴² Corte IDH, caso *Lori Berenson contra Perú*, loc. cit., § 183-186.

⁴³ Corte IDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*, loc. cit., § 161.

⁴⁴ Corte IDH, caso *Ricardo Canese contra Paraguay*, loc. cit., § 164-165.

8. Artículo 8.2.g: Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

El derecho a declarar y el derecho a la no incriminación es un derecho específico que se desprende del derecho de defensa y la presunción de inocencia. Comprende el derecho a ser oído, el derecho a guardar silencio y el derecho a estar informado de que su negativa a declarar puede ser tomada como un indicio de culpabilidad. Su campo de aplicación comprende la potestad de la persona acusada de cometer un delito a guardar silencio sobre los hechos por los cuales es investigada o acusada penalmente, tanto en lo que la atañe como en lo que incumbe a terceros.

En el caso *Tibi*, la víctima fue torturada en varias ocasiones, golpeada, quemada y “asfixiada” con el fin de obligarla a confesar su participación en el caso de narcotráfico imputado por las autoridades ecuatorianas. Lo anterior no solo constituyó una violación al derecho a la integridad personal, sino también al derecho a no ser obligado a declararse culpable.⁴⁵ De una forma similar, este postulado ha sido reiterado en los casos *Bayarri*⁴⁶ y *Cantoral Benavides*.⁴⁷ En el caso *López Álvarez*, la Corte IDH estableció que este maltrato puede ser tanto físico como psicológico.⁴⁸

9. Artículo 8.2.h: Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior

Para determinar la violación de este artículo por el Estado peruano, en *Castillo Petruzzi* la Corte IDH inició su deliberación estableciendo que los procesos de civiles ante el fuero militar constituyen una violación al derecho al juez natural del artículo 8.1 de la CADH,⁴⁹ independientemente de si existen o no estos recursos y de su grado de

⁴⁵ Corte IDH, caso *Tibi contra Ecuador*, loc. cit., § 198.

⁴⁶ Corte IDH, caso *Bayarri contra Argentina*, loc. cit., § 108.

⁴⁷ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit., § 132-133.

⁴⁸ Corte IDH, caso *López Álvarez contra Honduras*, loc. cit., § 155.

⁴⁹ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, loc. cit., § 161.

accesibilidad. De igual forma, consideró que la existencia de un juez o tribunal superior no se satisface con la mera existencia de un órgano, sino que se necesita que esta instancia tenga legitimidad para conocer del caso.

[...] el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.⁵⁰

10 ● Artículo 8.3: La confesión válida del inculcado

Para que en el marco de un proceso penal la confesión del inculcado sea válida, esta debe haber sido efectuada sin violencia psíquica o física sobre la persona o mediante el empleo de métodos que pudieran estar destinados a obtener información involuntaria sobre los hechos por los cuales se lo investiga o acusa en un proceso penal. De forma complementaria, los jueces tienen la obligación de no asumir una aceptación tácita de responsabilidad del silencio, pero sí a darle un sentido interpretativo que pueda ayudar a resolver un proceso.

En este sentido, los jueces tienen la obligación de negar valor a las declaraciones obtenidas por la violencia, lo que no debe entenderse en términos restrictivos, con referencia únicamente a la violencia psíquica o física, sino en un sentido amplio, como omnicomprendiva de toda información obtenida del investigado o acusado sin su voluntad. De esta manera, la libre voluntad de la persona es lo que diferencia una declaración válida de una que se realice violentando el derecho a la no incriminación. En este tipo de situaciones, el Estado tiene el deber de informar de las ventajas y desventajas que una conducta de esa naturaleza podría generar.

En la opinión consultiva “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, la Corte IDH se refiere a la confesión en un proceso penal al analizar el principio de inocencia inherente a todas las personas, incluidos los niños. La Corte advierte que los niños no deben ser parte de procesos penales y su participación debe ser limitada y sujeta a medidas de protección especial.

⁵⁰ *Ibidem*.

En este sentido, la Corte definió el concepto de confesión como:

[...] el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda.⁵¹

En los casos contenciosos, la Corte IDH ha determinado que las garantías del artículo 8.2 y 8.3 se aplican en las diligencias anteriores al inicio del proceso penal por cuanto su falta de aplicación puede “tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata”.⁵²

En el caso *Cantoral Benavides*, la Corte estableció que someter a una persona a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarla a confesar una conducta delictiva constituye una violación de los artículos 5 (integridad personal) y 8.3 de la CADH.⁵³

Otros casos en los cuales se tuvo que analizar la responsabilidad del Estado frente al artículo 8.3 son *Castillo Petruzzi*⁵⁴ y *Gutiérrez Soler*.⁵⁵ Sin embargo, en estos la Corte IDH no desarrolló el contenido, puesto que en el primero no se adjuntó prueba que determinara que los recurrentes habían sido coaccionados a confesar su participación en actos de traición a la patria⁵⁶ y en el segundo el Estado colombiano se allanó a la demanda.

11 • Artículo 8.4: Inculpado absuelto en sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos

En *Loayza Tamayo*, la Corte precisa el umbral de protección de este derecho frente a lo establecido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

⁵¹ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva OC 17/02, del 28 de agosto de 2002, serie A, n.º 17, § 128.

⁵² Corte IDH, caso *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, serie C, n.º 103, § 120.

⁵³ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit., § 104 y 132.

⁵⁴ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, loc. cit., § 167.

⁵⁵ Corte IDH, caso *Gutiérrez Soler contra Colombia*, sentencia del 12 de septiembre de 2005, serie C, n.º 132, § 52.

⁵⁶ En este mismo sentido la Corte IDH se pronuncia en los casos *Tibi contra Ecuador* y *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit.

Políticos. En este sentido, sostiene que el artículo 8.4 de la CADH prohíbe un nuevo proceso penal frente a los mismos hechos y no al delito, por lo que resulta más garantista que los otros tratados internacionales.⁵⁷

En este caso, la Corte IDH sostuvo que, como Loayza Tamayo fue absuelta por la jurisdicción castrense, la apertura de un nuevo proceso penal constituía una violación al artículo 8.4. Se debe destacar que la Corte determinó que el proceso seguido por el fuero militar violaba las garantías judiciales y de debido proceso reconocidas en la CADH. Sin embargo, dado que aquí el tribunal militar decidió absolver a la persona, “no solo en razón del sentido técnico de la palabra absolución, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla”,⁵⁸ el Estado peruano no podía juzgarla por los mismos hechos, aun en el fuero ordinario.

A su vez, la Corte IDH vinculó el principio de *non bis in idem* del artículo 8.4 al principio de juez natural, al considerar, en el caso *Lori Berenson*, que la violación de este principio es “suficiente para determinar que las diligencias realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades del fuero privativo militar, no configuraron un verdadero proceso bajo el artículo 8.4 de la Convención”.⁵⁹

Sin embargo, un punto evaluado por la Corte fue que la defensa de *Lori Berenson* solicitó su libertad por la violación del artículo 8.4, pero la Corte IDH desestimó esta pretensión puesto que el Consejo Supremo de Justicia Militar declinó la competencia para conocer del caso y lo derivó al fuero ordinario. Dado que no se conoció el fondo del asunto en la justicia castrense, no se configuró la violación al principio *non bis in idem* de la Convención.⁶⁰ Este concepto fue reiterado en *Cantoral Benavides*.⁶¹

12. Artículo 8.5: Publicidad del proceso penal

La publicidad del proceso penal ha sido analizada por la Corte IDH en el marco de procesos penales seguidos por tribunales militares contra civiles. Este derecho no

⁵⁷ Corte IDH, caso *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit., § 66.

⁵⁸ *Ibidem*, § 76.

⁵⁹ Corte IDH, caso *Lori Berenson contra Perú*, loc. cit., § 206.

⁶⁰ *Ibidem*, § 208.

⁶¹ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit., § 138 a 140.

ha tenido mayor desarrollo normativo porque la Corte consideraba que estos procesos (especialmente aquellos seguidos contra el Perú) violaban las garantías del artículo 8 de la CADH.

En el caso *Palamara Iribarne* la Corte determinó:

[...] el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener intermediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público.⁶²

Asimismo, sostuvo que el fin de la publicidad del proceso penal es fortalecer la transparencia e imparcialidad de los entes encargados de administrar justicia.

En el caso *Castillo Petruzzi*, la Corte IDH determinó que los procesos por el delito de traición a la patria ante la justicia militar peruana no garantizaban los mínimos de publicidad, por lo que violaban el debido proceso. Así, la Corte no analizó el contenido de este derecho sino las situaciones fácticas que llevaron a demostrar la violación del artículo 8.5 de la CADH. Al respecto, determinó:

[Estos procesos] se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención.⁶³

En el mismo sentido se pronunció en el caso *Cantoral Benavides*.⁶⁴

Al analizar la compatibilidad de la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en Paraguay, en el caso *Instituto de Reeducación del Menor*, la Corte determinó que esa jurisdicción debe enmarcarse en parámetros establecidos en la CADH y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Con respecto a la publicidad exigida en el artículo 8.5, se establece que, cuando sea necesario un proceso judicial, se deberá adoptar medidas de atención psicológica, un control sobre las formas en que los niños deberán rendir su testimonio y delimitar la publicidad del proceso.⁶⁵

⁶² Corte IDH, caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 135, § 167.

⁶³ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, loc. cit., § 172.

⁶⁴ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit., § 146 y 147.

⁶⁵ Corte IDH, caso *Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, n.º 112, § 211.

13 • Conclusiones

A diferencia de los otros derechos consagrados en el artículo 8, sobre garantías judiciales, y el artículo 25, referido a la protección judicial, la jurisprudencia de la Corte IDH no ha dado un amplio desarrollo dogmático a las garantías de la defensa. En la mayor parte de la jurisprudencia analizada, la Corte describe cómo cada uno de los hechos constituye una violación a la Convención, más que analizar el contenido y el alcance de cada uno de estos derechos.

Frente a los derechos consagrados en el artículo 8.2, la Corte solo se ha pronunciado sobre los alcances de la presunción de inocencia y la concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa. En las opiniones consultivas referidas a la protección consular de extranjeros en los países que han ratificado la CADH y los derechos humanos de los niños también se ha dado un análisis de las garantías mínimas para la defensa.

Los casos seguidos contra el Perú y Ecuador han sido aquellos en los cuales se ha dado un mayor desarrollo de los artículos 8.2 a 8.5. La mayoría de la jurisprudencia analizada tiene que ver con la práctica de tribunales militares o con casos de personas procesadas por cargos de terrorismo, traición a la patria o narcotráfico; es decir, aquellos delitos para los cuales los países latinoamericanos suelen adoptar legislaciones especiales que limitan las garantías procesales, especialmente el derecho de defensa.

Convención Americana de Derechos Humanos

- Corte IDH, caso *Acosta Calderón contra Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2005, serie C, n.º 129.
- Corte IDH, caso *Baena Ricardo contra Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, n.º 72.
- Corte IDH, caso *Bayarri contra Argentina*, sentencia del 30 de octubre de 2008, serie C, n.º 187.
- Corte IDH, caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100.
- Corte IDH, caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, n.º 69.
- Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52.
- Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, serie C, n.º 170.
- Corte IDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2005, serie C, n.º 137.
- Corte IDH, caso *Gutiérrez Soler contra Colombia*, sentencia del 12 de septiembre de 2005, serie C, n.º 132.
- Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110.
- Corte IDH, caso *Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, n.º 112.
- Corte IDH, caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C, n.º 33.
- Corte IDH, caso *Lori Berenson contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, serie C, n.º 119.
- Corte IDH, caso *López Álvarez contra Honduras*, sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, n.º 141.
- Corte IDH, caso *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, serie C, n.º 103.

Corte IDH, caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 135.

Corte IDH, caso *Ricardo Canese contra Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, n.º 111.

Corte IDH, caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, n.º 35.

Corte IDH, caso *Tibi contra Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114.

Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, serie A, n.º 17.

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, de 1 de octubre de 1999, serie A, n.º 16.

LA INFLUENCIA EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE ACCESO, PARTICIPACIÓN Y REPARACIÓN DE VÍCTIMAS

Héctor Olásolo Alonso y Pablo Galain Palermo

RESUMEN. El presente artículo se divide en dos partes fundamentales. En la primera se analizan la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en lo relativo a: 1) la definición de víctima, 2) su acceso y participación en las actuaciones que se celebran en el marco del sistema interamericano de derechos humanos; 3) el contenido de las sentencias de reparación de la Corte IDH, y 4) el contenido de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y de las correspondientes obligaciones de los estados a su satisfacción. En la segunda parte se analiza la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las resoluciones de la Com IDH en materia de víctimas en las decisiones adoptadas por la CPI durante sus primeros cinco años de actuaciones judiciales.

ABSTRACT. This study consists of two parts. The first analyses the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the resolutions of the Inter-American Commission of Human Rights with regards to the definition of 'victim'; the victim's access to and participation in the proceedings carried out within the Inter-American human rights system; the content of the judgments of the Court which award compensations; and the content of a victim's fundamental rights to truth, justice and reparations, and the corresponding duties of the States to fulfil these rights. The second part studies the influence of the Court's jurisprudence and of the resolutions of the Commission with regard to victims on the decisions adopted by the ICC during its first five years of judicial activity.

1 • Introducción

1.1. El sistema de fuentes previsto en el artículo 21 del Estatuto de Roma (ECPI) de la Corte Penal Internacional (CPI) atribuye una singular relevancia a las resoluciones del Comité de Derechos Humanos (CDH) y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así, en su apartado tercero se dispone que la interpretación y aplicación de las distintas fuentes del derecho previstas en el artículo 21 del ECPI —que comprenden al propio ECPI, las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) y los Elementos de los Crímenes (EC)— “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, lo que ha sido también subrayado en numerosas decisiones adoptadas por las distintas salas de la CPI,¹ incluida la reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I relativa a la emisión de emisión de una orden de arresto contra el actual presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir.²

1.2. En este marco, los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 6 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) relativos a las garantías procesales del acusado emanantes de su derecho fundamental al proceso debido, así como los artículos 9 del PIDCP, 7 de la CADH y 5 de la CEDH relativos al derecho fundamental a la libertad, han jugado un papel destacado en la jurisprudencia de la CPI durante sus cinco primeros años de actuaciones judiciales.³

¹ Véase por todas “Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3)(b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’”, dictada por la Sala de Apelaciones el 21.10.2008, ICC-01/04-01/06 OA 13, § 46, 76 y 77; “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3)(b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”, dictada por la Sala de Primera Instancia I el 13.6.2009, ICC-01/04-01/06-1401, § 57 y 58; y “Decision on the Final System of Disclosure and establishment of a Time Table”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 15.5.2006, ICC-01/04-01/06-102-Annex I, § 1-2.

² “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 4.3.2009, ICC-02/05-01/09-3, § 44.

³ Véase, por ejemplo, “Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3) (b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’”, dictada por la Sala de Apelaciones el 21.10.2008, ICC-01/04-01/06 OA 13, § 46, 76 y 77; “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3)(b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”, dictada por la Sala de Primera Instancia I el 13.6.2009,

1.3. Sin embargo, el impacto en la jurisprudencia de la CPI de las resoluciones del CDH y de la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH no se ha limitado a estas dos áreas, sino que se ha extendido a otras cuestiones, y en particular a las relativas al acceso, la participación en las actuaciones y la reparación a las víctimas. Se tratan estas de cuestiones fundamentales en la primera jurisprudencia de la CPI pues no debemos olvidar que la posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la CPI, además de no tener precedente en el derecho penal internacional,⁴ constituye uno de los avances más significativos del ECPI en cuanto que con ella se pone fin a la exclusión sufrida por las víctimas como resultado de su consideración por la normativa procesal internacional como objeto —en lugar de sujeto— de las actuaciones.⁵

1.4. Como algunos autores han señalado,⁶ las disposiciones recogidas en los artículos 15.3, 19.3, 68.3 y 75 del ECPI, en las reglas 50, 89-99, 107 y 109 de las RPP, y en las normas 86 a 88 del Reglamento de la Corte son fruto de la creciente importancia del papel de las víctimas en la normativa internacional sobre derechos humanos y en el derecho internacional humanitario.⁷ Por ello, y dada la particular atención que la

ICC-01/04-01/06-1401, § 57 y 58; "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 4.3.2009, ICC-02/05-01/09-3, § 32; y "Decision on the Set of Procedural Rights Attached to the Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of a Case", dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *Katanga* el 13.5.2008, ICC-01/04-01/07-474, § 45-75. Véase también G. Bitti: "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the threatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC", en Stahm Carsten y Göran Slviter (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Koninklijke Brill NV, 2008, pp. 285 ss.

⁴ Como Jorda y De Hemptinne han señalado ("The Status and Role of the Victim", en A. Cassese, P. Gaeta y R. W. D. Jones [eds.]: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, vol. II, p. 1389), los estatutos y las reglas de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR respectivamente) no prevén la intervención de las víctimas en el proceso penal al margen de su posible condición de testigos, ni tampoco recogen actuaciones de reparación.

⁵ Véase a este respecto S. A. Fernández de Gurmendi: "Definition of Victims and General Principles", en R. S. Lee (ed.): *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 427 ss.; H. Brady: "Protective and Special Measures for Victims and Witnesses", en R. S. Lee (ed.): *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, pp. 434 ss.; G. Bitti y H. Friman: "Participation of Victims in the Proceedings", en R. S. Lee (ed.): *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, pp. 459 ss.; R. W. D. Jones: "Protection of Victims and Witnesses", en A. Cassese, P. Gaeta y R. W. D. Jones [eds.]: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, vol. II, pp. 1357 ss.; Jorda y De Hemptinne: o. cit., vol. II, pp. 1390 ss.; D. Donat-Cattin: "Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings", en O. Triffterer (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, pp. 869 ss., y K. Stahn, H. Olásulo y K. Gibson: "Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC", en *Journal of International Criminal Justice*, 2006, vol. 4, n.º 2, pp. 218-239, p. 219.

⁶ W. A. Schabas: *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004, p. 172; y Jorda y De Hemptinne: o. cit., vol. II, p. 1389.

⁷ En este sentido La nueva posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la Corte refleja, por tanto, el reconocimiento general del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, tal y como subraya el apartado 12 de los principios y directrices básicos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y

jurisprudencia de la Corte IDH ha puesto en los derechos fundamentales de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, este artículo se dirige a analizar la influencia de dicha jurisprudencia, así como de las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH), en los cinco primeros años de actividad judicial de la CPI.

1.5. El presente artículo se divide en dos partes fundamentales. En la primera se analiza la jurisprudencia de la Corte IDH y las resoluciones de la Com IDH en lo relativo a: a) la definición de víctima; b) su acceso y participación en las actuaciones que se celebran en el marco del sistema interamericano de derechos humanos; c) el contenido de las sentencias de reparación de la Corte IDH, y d) el contenido de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y de las correspondientes obligaciones de los estados a su satisfacción.

1.6. En su segunda parte, este artículo analiza la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las resoluciones de la Com IDH en materia de víctimas en las decisiones adoptadas por la CPI durante sus primeros cinco años de actuaciones judiciales. Como no existe por el momento decisión alguna en materia de reparaciones por cuanto todavía no ha concluido el primer juicio oral celebrado ante la CPI, el análisis desarrollado en esta segunda parte se circunscribe a la definición de víctima prevista en la regla 85 de las RPP, y al sistema de acceso y participación en las actuaciones ante la CPI recogido en los artículos 15.3, 19.3 y 68.3 del ECPI, en las reglas 50, 89 a 93, 107 y 109 de las RPP, y en la norma 86 del Reglamento de la Corte.

del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones, así como en el principio 8 de las directrices propuestas para combatir la impunidad de los autores de delitos de derecho internacional. Véase a este respecto Comisión de Derechos Humanos las Naciones Unidas, Declaración sobre los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, recogida como anexo al Informe Final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UN. Doc. E/CN.4/2000/62 of 18 January 2000). Véase también "Proposed Guiding Principles for Combating Impunity for International Crimes", en M. Ch. Bassiouni: *Post-Conflict Justice*, 2002, p. 255.

2. Primera aproximación a la función de la Com IDH y de la Corte IDH en el sistema interamericano de derechos humanos

2.1. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos nace con la CADH (1969) y está integrado por dos órganos bien diferenciados: la Com IDH y la Corte IDH. El acceso de las víctimas está marcado por una etapa previa y obligatoria a desarrollarse frente a la Com IDH, un órgano que desempeña una función de contralor respecto a la protección de los derechos humanos. La Com IDH, en efecto, cumple distintas funciones⁸ de *investigación*,⁹ *mediación*¹⁰ y *supervisión*¹¹ en la relación entre las

⁸ Véase que la Com IDH cumple en primer lugar con una función investigadora, que puede llevar a cabo incluso en territorio del Estado denunciado de violar la CADH (cf. artículo 48 de la CADH), como si se tratara de un fiscal (sistema acusatorio) o de un juez (sistema inquisitivo). Una vez constatada la infracción la Com IDH emprende una función de conciliación para el logro de un “acuerdo amistoso” entre el denunciante y el denunciado, como si se tratara de un mediador o conciliador. Véase Amy Dwyer: “The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction”, en *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 13, 1990, pp. 132 s.; David Padilla: *The Inter-American Commission on human Rights*, pp. 101 s. El rol que la Com IDH cumple también podría ser el de un árbitro, porque ella también puede formular recomendaciones. *Ibidem*, p. 114.

⁹ Artículo 40 del Reglamento de la CADH: “1. Si lo considera necesario y conveniente, la Comisión podrá realizar una investigación in loco, para cuyo eficaz cumplimiento solicitará las facilidades pertinentes, que serán proporcionadas por el Estado en cuestión. 2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, la Comisión podrá realizar una investigación in loco, previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan solo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad”. Según el artículo 51 del Reglamento de la CADH, la Com IDH tiene la potestad de designar Comisiones Especiales para que investiguen las presuntas violaciones de los derechos humanos *in loco*.

¹⁰ Según el artículo 48.1.f de la CADH, la Com IDH “se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención”. Según el artículo 49 de la CADH: “Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda”. Ante la Com IDH se pueden desarrollar audiencias con la participación de las partes involucradas con el objeto de “recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite ante la Comisión, seguimiento de recomendaciones, medidas cautelares, o información de carácter general o particular relacionada con los derechos humanos en uno o más Estados miembros de la OEA” (cf. artículo 60 del Reglamento de la CADH).

¹¹ Artículo 51 de la CADH: “1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su

víctimas y los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sospechosos de violar los derechos humanos.¹² La Com IDH tiene también una función *consultiva* en relación exclusiva con los estados en cuestiones relacionadas con los derechos humanos,¹³ y confecciona anualmente un informe en el que se refiere a la situación de los derechos humanos en los estados americanos.¹⁴ Finalmente, la Com IDH se constituye también en *parte procesal* una vez que por su expresa decisión somete una denuncia a la jurisdicción de la Corte IDH.¹⁵ Ahora bien, desde que el sistema interamericano acepta la participación procesal de la víctima directa, de sus familiares o representantes ante la Corte IDH, la Com IDH parece haber asumido una especie de función de *garante del interés público*, similar a la que desempeña el Ministerio Público en el ámbito nacional.¹⁶

2.2. La Corte IDH, a partir de su creación en 1979, paulatinamente se ha convertido, en materia de protección de los derechos humanos,¹⁷ en una especie de “supervisor” de la compatibilidad de la leyes nacionales y de las decisiones de los más altos tribu-

informe”. Según el artículo 18.g la Com IDH puede “practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo”.

¹² El artículo 41 del Reglamento de la CADH establece: “1. La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables. 2. El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes. 3. Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes [...] 6. De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso”.

¹³ Artículo 41.e de la CADH y artículo 18.e del Estatuto de la Com IDH. Los derechos humanos, según el artículo 1 del Estatuto de la Com IDH son: “a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros”.

¹⁴ Artículos 57 y 58 del Reglamento de la CADH.

¹⁵ Artículo 57 de la CADH, artículo 19.b del Estatuto de la Com IDH y artículo 69 del Reglamento de la CADH.

¹⁶ En ese sentido la Com IDH “dispuso mediante modificación del año 2003 al artículo 33 de su Reglamento que “la Comisión será la representante procesal de [las presuntas víctimas y sus familiares] como garante del interés público bajo la Convención Americana, de modo de evitar la indefensión de las mismas”. Lo anterior, de conformidad con el artículo 57 de la Convención Americana que establece que “[l]a Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte”. Véase “El rol de las víctimas, sus familiares y sus representantes en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, OEA/Ser.G, CP/CAJP 2550/07, 21 noviembre 2007, p. 4.

¹⁷ Véase César Landa: “El sistema interamericano de derechos humanos: balance y perspectivas”, en César Landa (comp.): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima: Palestra, 2005, p. 17.

nales de los estados¹⁸ que han reconocido su jurisdicción¹⁹ (tribunales constitucionales y/o cortes supremas de justicia) con la CADH.²⁰ Las sentencias de condena a los estados infractores, con su particular énfasis en su posición de garante del derecho de *reparación integral* de las víctimas ante las violaciones de los derechos humanos contenidos en la CADH,²¹ han transformado a la Corte IDH en un órgano con potestad para incidir en las políticas nacionales de protección de los derechos humanos,²² que hace valer la obligación del Estado de responder por los hechos de los funcionarios cuyos actos u omisiones se realicen en el desempeño del cargo oficial.²³

¹⁸ Debe quedar claro que la Corte IDH no constituye una instancia superior a las nacionales ni tampoco que la Com IDH sea un órgano que esté supeditado a ella. En ese sentido explica Gros Espiell: "Como la Corte no es un órgano al que la Comisión está jerárquicamente subordinada, es obvio que debe concluirse que cuando se somete un caso a la Corte para que lo analice y decida, en el ejercicio de su competencia contenciosa, se está abriendo un procedimiento 'sui géneris', de tipo jurisdiccional que, aunque vinculado al necesario funcionamiento previo de la Comisión, no es un recurso de tipo jerárquico, ni una apelación, revisión, casación o anulación". Véase Héctor Gros Espiell: *Derechos humanos*, Lima: Cultural Cuzco, 1991, cap. XXI ("El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos"), pp. 431 s.

¹⁹ De los 35 estados que componen la OEA solo 21 han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Surinam, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados.

²⁰ Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en caso *Genie Lacayo contra Nicaragua*, § 25, en César Landa (comp.): o. cit., p.195.

²¹ A diferencia de la Com IDH, la Corte IDH es un órgano jurisdiccional que fundamenta sus decisiones estrictamente con argumentos jurídicos y no decide las cuestiones según la conveniencia de los estados o la *Realpolitik*. Téngase en cuenta que la mayoría de las contiendas han sido de condena a los estados por violaciones contra los derechos humanos, y de tutela de los derechos de las víctimas a la reparación integral del daño.

²² "Durante el presente año se sometieron a consideración de la Corte 14 casos contenciosos y esta emitió 23 sentencias. En 3 de ellas se pronunció sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, conjuntamente; en 14 acerca del fondo y las correspondientes reparaciones; y en 6 en torno a la interpretación de sentencias. De esta forma la Corte resolvió enteramente 17 casos contenciosos, en los cuales se ha adoptado decisión final acerca de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, y no se halla pendiente ningún pronunciamiento sobre la contención planteada en la demanda. Actualmente el Tribunal cuenta con 88 casos contenciosos en trámite, de los cuales 75 se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, 7 se encuentran en etapa de trámite inicial, 4 en etapa de excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, y 2 en etapa de fondo y eventuales reparaciones y costas". Véase Corte IDH: *Informe anual 2006*, p. 11.

²³ Véase por todos el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, serie C, n.ºs 1, 4, 7, 9, sentencia de fondo, § 171. De esta manera, por ejemplo, el homicidio cometido por agentes del Estado es una violación imputable al Estado. Véase por todos el caso *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros contra Guatemala)*, serie C, n.º 32, 11 de septiembre de 1997; serie C, n.º 63, 19 de noviembre de 1999, § 143.

3. Definición de víctima por la Com IDH y la Corte IDH

3.1. En el sistema interamericano la noción de víctima queda acotada a las personas físicas²⁴ y no incluye a las personas jurídicas.²⁵ Esto no ha impedido, sin embargo, que se consideren víctimas colectivas de la violación de los derechos humanos; por ejemplo, todos los internos de un instituto de reclusión de menores de edad y a sus familiares²⁶ o una comunidad indígena.²⁷ La admisión de peticiones formuladas por víctimas colectivas guarda relación con los derechos de estas a conocer la verdad, al acceso a la justicia y a las reparaciones genéricas, como por ejemplo, cuando se exige a un Estado modificar su sistema legislativo para adecuarlo a la CADH, abrir centros educativos o de salud pública, conmemorar determinado evento o mejorar las condiciones de los centros de reclusión. De esta forma puede indicarse que la Com IDH acepta peticiones tanto de víctimas individuales como colectivas,²⁸ siempre que estas puedan ser individualizadas.

3.2. El sistema interamericano no considera dentro del amplio concepto de víctima a las personas jurídicas; sin embargo, en alguna oportunidad la Com IDH ha

²⁴ En las resoluciones de la Corte IDH se realiza una interpretación *in dubio pro homine*, que se basa en la CADH pero también en el derecho penal, constitucional e internacional y en sus respectivas opiniones doctrinarias, como en los criterios utilizados por el TEDH. Véase Héctor Gros Espiell: *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1991, pp. 171 ss.

²⁵ DADDH y artículo 1.2 de la CADH. Sobre este tema, véase Mónica Pinto: *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Del Puerto, 1993, p. 37. En relación con el valor jurídico de la DADDH, la Corte IDH y la Com IDH consideran que, aunque se trate de una mera *declaración*, la DADDH constituye una fuente de obligaciones internacionales para los estados miembros de la OEA. Véase Corte IDH, Opinión consultiva OC 10/89, "Interpretación de la DADDH dentro del marco del artículo 64 de la CADH", 14.7.1989, serie A, n.º 10, 1989, § 35 ss.; *Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c. Estados Unidos de América*, Informe n.º 51/01, caso 9903, 4.4.2001. Véase también que la Com IDH tiene que "prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (cf. artículo 20 del Estatuto de la Com IDH). Sobre este tema, véase Pinto: o. cit., p. 37.

²⁶ Véase el caso *Instituto de Reeduación del Menor contra Paraguay*, serie C, n.º 112, 2 de septiembre de 2004, § 272.

²⁷ Véase el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay*, serie C, n.º 125, 17 de junio de 2005.

²⁸ Véase que las nuevas formas delictivas propias de la globalización, de la sociedad de riesgos o incluso del "terrorismo de Estado", de alguna forma han "despersonalizado" o "colectivizado" a las víctimas individualizadas. Este hecho podría hacer estéril cualquier intento de elaboración de un concepto especial o particular de víctima. Véase Pablo Galain Palermo: *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Montevideo: Universidad Católica y Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 124 s.

aceptado la petición de una persona jurídica,²⁹ ampliando el concepto de víctima en ese caso en particular.³⁰

3.3. Según el artículo 1.30 del Reglamento de la Corte IDH: “la expresión *‘presunta víctima’* significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención”; mientras que por *‘víctima’* se entiende: “la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte” (cf. artículo 1.31 del Reglamento de la Corte IDH).

3.4 . En los últimos tiempos la Corte IDH ha ampliado el concepto de víctima de una violación contra los derechos humanos. Para la jurisprudencia de la Corte IDH el concepto de víctima incluye no solo a la persona que sufre la violación de sus derechos humanos, sino también a sus familiares, con base en un derecho propio. Este desarrollo jurisprudencial se produjo en el caso *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros contra Guatemala)*, en el que la Corte IDH consideró a las madres de los menores por haber sufrido angustias y temor.³¹ Al año siguiente el concepto se amplió a la viuda de una persona desaparecida por las fuerzas públicas.³² Los subsiguientes casos relacionados con la desaparición forzada de personas fijaron esa ampliación del concepto a los familiares directos de los desaparecidos.³³ En ese sentido el actual Reglamento de la Corte IDH determina: “[...] el término *‘familiares’* significa los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso” (cf. artículo 1.15).

Se puede concluir, por tanto, que la Corte IDH entiende por víctima no solo a la víctima directa sino también a aquellos familiares inmediatos que han sufrido por el padecimiento de la víctima directa. Véase que este razonamiento es empleado por la Corte IDH en ocasión, en particular, de los primeros casos de desaparición forzada de personas que llegaron a su conocimiento, en tanto el permanente desconocimiento

²⁹ Véase Com IDH: *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987*, Informe 14/87, Washington D. C.

³⁰ Véase Francisco Cox: “La admisibilidad de las denuncias individuales: puerta de entrada al sistema”, en Méndez y Cox (eds.): *El futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, San José (CR): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 346.

³¹ La sentencia hace hincapié en el trato inhumano y cruel hacia las víctimas directas, diferenciándolo del daño inmaterial del mismo calibre sufrido, por ejemplo, “por las madres de los menores”. Para ello se basó en jurisprudencia del TEDH. Véase el caso *Niños de la calle*, loc. cit., § 174, 176. La Corte IDH les reconoció a las madres de los menores asesinados el derecho a ser “beneficiarias de reparación en su condición de derechohabientes de sus parientes fallecidos y, por otro, en su condición de víctimas de la violación de los artículos 5.2, 8.1 y 25 de la Convención”. *Ibidem*, sentencia reparación, § 66.

³² Véase el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, serie C, n.º 70, 25 de noviembre de 2000, § 223.

³³ Véase Mónica Fera Tinta: “La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento”, en *Revista IIDH*, vol. 43, 2006, p. 164.

de la verdad acerca de la situación actual de la víctima directa provoca una victimización en las personas más cercanas.³⁴ En estos casos no solo la víctima directa sino también los familiares directos quedan fuera del manto protector del derecho³⁵ y por ello también son lesionados en sus derechos.³⁶

4. Acceso y participación de las víctimas en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

4.1. Acceso y participación ante la Com IDH

4.1.1. Ante la Com IDH puede presentar una denuncia o queja por la violación de la CADH por un Estado parte “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización”.³⁷ La petición ante la Com IDH puede ser presentada en su propio nombre o en el de terceras personas, y tiene que hacer referencia a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos en la DADDH, la CADH, el Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo a la CADH Relativos a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.³⁸

4.1.2. Para acceder al sistema americano de protección de los derechos humanos no se requiere que el peticionario tenga la calidad de víctima. Tampoco se exige vínculo

³⁴ La mentira oficial para cubrir la desaparición forzada de personas menores de edad y la muerte presumiblemente por acción policial, por ejemplo, por medio de la información falsa respecto a un enfrentamiento entre las fuerzas represoras y movimientos “subversivos” o “terroristas”, según la Corte IDH es causa de padecimiento (“sufrimientos e impotencia ante las autoridades estatales” que permiten concluir que “los familiares pueden ser considerados víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes en violación del artículo 5 de la Convención Americana”. Véase el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, serie C, n.º 10, 8 de julio de 2004, § 118.

³⁵ Por este motivo se ha identificado el bien jurídico protegido en el crimen de desaparición como pluriobjeto “que abarca la protección de la *seguridad individual* y/o el *correcto funcionamiento de la administración de justicia*”. Véase Pablo Galain Palermo: “Uruguay”, en Kai Ambos (coord.): *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: GTZ y Temis, 2009.

³⁶ Véase por todos, los casos *Bámaca Velásquez* y *Molina Theissen*.

³⁷ Artículo 44 de la CADH.

³⁸ Artículo 23 del Reglamento de la CADH.

alguno entre el peticionario y la víctima, y se admite que la petición pueda ser realizada por una ONG.³⁹ Incluso las peticiones pueden plantearse sin el consentimiento de la víctima. Todo esto configura una de las fórmulas más amplias consagradas en los instrumentos internacionales.⁴⁰ Según el artículo 28.e del Reglamento de la CADH, al peticionar frente a la Com IDH se exige “de ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada”. Esta norma permite sostener que el requisito esencial para el acceso al sistema interamericano de protección de los derechos humanos es la existencia de una víctima.⁴¹ Como la protección de las víctimas muchas veces es franqueada por ONG que peticionan o representan directamente a las víctimas frente a la Com IDH,⁴² el Reglamento de la Corte IDH en su artículo 1 diferencia el estatus del peticionario frente a la Com IDH, al que denomina *denunciante original*,⁴³ del estatus de la *presunta víctima* que tendrá participación directa ante la Corte IDH (cf. artículo 23 del Reglamento).

4.1.3 La petición debe ser fundada y detallar claramente los hechos constitutivos de la violación de algunos de los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos.⁴⁴ Si el peticionario tiene interés en que el caso sea sometido a la Corte IDH, debe ofrecer también los siguientes elementos:

- a. la posición de la víctima o sus familiares, si fueran distintos del peticionario; b. los datos de la víctima y sus familiares; c. los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte; c. la prueba documental, testimonial y pericial disponible; e. pretensiones en materia de reparaciones y costas.⁴⁵

³⁹ Si se considera que las víctimas de abusos contra los derechos humanos generalmente carecen de recursos y que el acceso a la jurisdicción internacional es sumamente costoso (así como que la Corte IDH no es muy generosa en la determinación de los montos de costas y gastos), se entenderá no solo porqué las ONG representan a las víctimas, sino que ella puede ser la única forma viable para el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia de los más desprotegidos.

⁴⁰ Véase Pinto: o. cit., p. 35. Por ello, se ha dicho que “the Court’s judgments represent the most wide-reaching remedies afforded in international human rights law”. Véase Shelton, Dinah, “Reparations in the Inter-American System”, en Harris/Livingstone (Eds) *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 153.

⁴¹ Véase también Cox: o. cit., p. 347. El concepto de víctima abarca también a los familiares de la víctima, que son las personas con parentesco cercano. Véase por todos el caso *Loayza Tamayo contra Perú*, § 92.

⁴² Véase José Vivanco: “Las organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José (CR): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 275 ss.

⁴³ Artículo 1.10. del Reglamento de la Corte IDH: “[...] la expresión ‘denunciante original’ significa la persona, grupo de personas o entidad no gubernamental que haya introducido la denuncia original ante la Comisión, en los términos del artículo 44 de la Convención”.

⁴⁴ Artículos 34 y 27 del Reglamento de la CADH.

⁴⁵ Artículo 43.3 del Reglamento de la CADH.

4.1.4. En la petición se puede solicitar a la Com IDH que pida ante la Corte IDH la adopción de *medidas cautelares* (cf. artículo 25 del Reglamento de la CADH),⁴⁶ siempre que se trate de un caso urgente y que exista un *periculum in mora* (evitar daños irreparables).⁴⁷ Los posibles beneficiarios de estas medidas no tienen por qué estar efectivamente individualizados en la petición, sino que resulta suficiente que puedan ser “determinables”.⁴⁸ El procedimiento para la adopción de estas medidas puede pecar de lento por cuanto la Com IDH no puede dictar las medidas de cautela sino que debe solicitarlas a la Corte IDH (cf. artículo 29.2 del Reglamento de la CADH), si bien a partir de la reforma reglamentaria del 2000 las víctimas pueden acudir directamente a la Corte IDH para solicitar estas medidas. El artículo 63.2 de la CADH,⁴⁹ el artículo 19.c del Estatuto de la Com IDH y el artículo 25 del Reglamento de la Corte IDH permiten que la Corte dicte las medidas cautelares o provisionales⁵⁰ aun cuando el caso todavía no

⁴⁶ Durante el presente año fueron sometidas a consideración de la Corte 13 solicitudes de medidas provisionales, de cuales cuatro fueron rechazadas y nueve fueron adoptadas. Actualmente el tribunal cuenta con 44 medidas provisionales activas. Véase el *Informe anual 2006*, p. 12.

⁴⁷ Véase Bernal Arias: “Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, San José (CR), 2006, pp. 79 ss. En casos recientes relacionados con los derechos de los reclusos se requirió al Estado que “mantenga y amplíe las medidas que informa que ya está adoptando, así como que adopte de forma inmediata las medidas complementarias necesarias para evitar en forma eficiente y definitiva la violencia en el Internado Judicial de Monagas (‘La Pica’), de tal suerte que no muera ni se afecte la integridad personal de ningún interno o de cualquier persona que se encuentre en el Internado; adopte aquellas medidas necesarias para: a) reducir sustancialmente el hacinamiento en el Internado Judicial de Monagas (‘La Pica’), b) decomisar las armas que se encuentren en poder de los internos, c) separar a los internos procesados de los condenados, d) ajustar las condiciones de detención del Internado a los estándares internacionales sobre la materia y e) brindar la atención médica necesaria a los internos, de tal forma que se garantice su derecho a la integridad personal; y realice todas las gestiones pertinentes para que las medidas de protección a favor de las personas privadas de la libertad en el Internado Judicial de Monagas (‘La Pica’) se planifiquen e implementen con la participación de los representantes de los beneficiarios de las medidas. Asimismo, la Corte decidió solicitar al Estado que: remita a la Corte una lista actualizada de todas las personas que se encuentran reclusas en la cárcel y además, indique con precisión las características de su detención; investigue los hechos que motivan la adopción de las medidas provisionales y, en su caso, identifique a los responsables y les imponga las sanciones correspondientes, incluyendo las administrativas y disciplinarias; y presente a la Corte un informe sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de la Resolución”. Véase “Asunto del Internado Judicial de Monagas (‘La Pica’) (Venezuela), Medidas Provisionales”, resolución del 9.2.2006. Véase el *Informe Anual 2006*, p. 20. Véase también “Asunto de las Penitenciarías de Mendoza (Argentina), Medidas Provisionales”, resolución de 30.3.2006, *ibidem*, p. 22. En similar caso relacionado con los derechos de los reclusos se resolvió que el Estado adopte las medidas necesarias para: a) decomisar las armas que se encuentren en poder de los internos, b) separar a los internos procesados de los condenados y c) ajustar las condiciones de detención de la cárcel a los estándares internacionales sobre la materia. Véase “Asunto del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare), (Venezuela): Medidas Provisionales”, resolución de 30.3.2006.

⁴⁸ Véase el caso *Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay*, loc. cit., § 108.

⁴⁹ Artículo 63.2 de la CADH: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

⁵⁰ El artículo 74 del Reglamento de la CADH se refiere a estas medidas como “medidas provisionales”.

se haya sometido a su conocimiento,⁵¹ lo que, según el artículo 25.4 del Reglamento de la CADH, “el otorgamiento de tales medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión”.

4.1.5. Para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión, se requerirá según la CADH el cumplimiento de determinados requisitos:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conformen a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que 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; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.⁵²

Según la Corte IDH, la exigencia de que los recursos internos deban ser interpuestos y agotados según principios de derecho internacional generalmente reconocidos “significa que no solo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos”.⁵³ Además, los dos primeros requisitos arriba mencionados no son aplicables cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los

⁵¹ Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Hugo Bustíos contra Perú*, en resolución de 8.8.1990, o en un asunto que se tramitaba ante la Com IDH (caso *Chunimá contra Guatemala*), en resolución del 1 de agosto de 1991. Véase Héctor Fix-Zamudio: “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nieto Navia (ed.): *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, San José (CR): Corte IDH, 1994, pp. 173 ss.

⁵² Artículo 46.1 de la CADH. Además, el artículo 28 del Reglamento de la CADH exige que las peticiones dirigidas a la Comisión contengan la siguiente información: “a. el nombre, nacionalidad y firma de la persona o personas denunciadas o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre y la firma de su representante o representantes legales; b. si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado; c. la dirección para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico; d. una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas; e. de ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada; f. la indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al artículo presuntamente violado; g. el cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 del presente Reglamento; h. las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento; i. la indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 del presente Reglamento”.

⁵³ Véase el caso *Tibi contra Ecuador*, serie C, n.º 114, 7.9.2004, § 50.

recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, o c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.⁵⁴

4.1.6. La *litispendencia* será también una causa de denegación de la petición ante la Com IDH,⁵⁵ salvo que “el procedimiento seguido ante el otro organismo se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo”, o cuando “el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros”.⁵⁶

4.1.7. La supletoriedad o subsidiariedad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha sido declarada constantemente por la jurisprudencia de la Corte IDH,⁵⁷ que ha especificado lo siguiente al respecto:

- Existen criterios formales y materiales para determinar cuándo un Estado puede oponer la excepción de falta de agotamiento de la vía recursiva en el ámbito nacional;⁵⁸ en particular, si el Estado quiere interponer excepciones

⁵⁴ Artículo 46.2 de la CADH.

⁵⁵ Artículo 33.1 del Reglamento de la CADH: “La Comisión no considerará una petición si la materia contenida en ella: a. se encuentra pendiente de otro procedimiento de arreglo ante un organismo internacional gubernamental de que sea parte el Estado en cuestión; b. reproduce sustancialmente otra petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental del que sea parte el Estado en cuestión”.

⁵⁶ Artículo 33.2 del Reglamento de la CADH.

⁵⁷ Véase por todos, caso *Velásquez Rodríguez*, serie C, sentencia del 29 de julio de 1988, § 61, p. 27. En materia de consultas, véase la opinión consultiva n.º 11/90, de 10.8.1990. Cf. caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, n.º 1, § 88; caso *Nogueira de Carvalho y otros contra Brasil*, excepciones preliminares y fondo; sentencia del 28 de noviembre de 2006, serie C, n.º 161, § 51, y caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 64. En la misma sentencia del caso *Velásquez Rodríguez* (§ 68 ss.) se indica que solo cuando el Estado ha hecho todo lo posible para denegar la protección de los derechos humanos (verbigracia, inexistencia de debido proceso, rechazo de los recursos por retardos injustificados o cualquier otro medio para impedir el acceso a la justicia por parte de las víctimas) se exime al peticionante de la exigencia de agotar la vía recursiva nacional (cf. artículo 46.2 de la CADH).

⁵⁸ “Al efecto, es preciso analizar sus presupuestos formales y materiales, previstos en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana y en las disposiciones estatutarias y reglamentarias pertinentes de los órganos del Sistema Interamericano, que es coadyuvante, subsidiario y complementario de la protección que debe ofrecer el derecho interno de los Estados partes. En cuanto a los aspectos formales, en el entendido de que esta excepción es una defensa disponible para el Estado, deberán verificarse las cuestiones propiamente procesales, tales como el momento procesal en que la excepción ha sido planteada (si fue alegada oportunamente); los hechos respecto de los cuales se planteó y si la parte interesada ha señalado que la decisión de admisibilidad se basó en informaciones erróneas o en alguna afectación de su derecho de defensa. Respecto de los presupuestos materiales, se observará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos: en particular, si el Estado que presenta esta excepción ha especificado los recursos internos que aún no se han agotado, y será preciso demostrar que estos

preliminares para demostrar que la vía interna no ha sido agotada, tiene que hacerlo primeramente frente a la Com IDH; de otra forma se entenderá que renuncia a este derecho que le garantiza la CADH.⁵⁹

- Cuando la presunta víctima alegue que no puede comprobar el requisito señalado en el artículo 31 del Reglamento de la CADH, la carga de la prueba se traslada al Estado, que debe “demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente” (cf. artículo 31.3 del Reglamento de la CADH).⁶⁰
- No existen presunciones absolutas sobre la inexistencia de legislación interna para la protección del derecho, o se ha impedido al ofendido el libre ejercicio de los recursos, o se ha producido un retardo injustificado en la decisión del recurso; de modo que el Estado puede probar que el agotamiento de la vía recursiva se ha producido por expresa omisión de la presunta víctima.⁶¹
- La valoración de cada caso se hace de modo independiente de la condición de un sistema de gobierno democrático, es decir, puede acontecer que en un sistema democrático se den las excepciones del artículo 46.2 de la CADH.⁶²

4.1.8. Recibida la petición, y admitida provisionalmente por la Com IDH, el Estado tendrá un plazo de dos meses para contestar los requerimientos de la Com IDH.⁶³ En caso de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real e inminente, la Com IDH podrá solicitar

recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos. Por tratarse de una cuestión de admisibilidad de una petición ante el Sistema Interamericano, deben verificarse los presupuestos de esa regla según sea alegado, si bien el análisis de los presupuestos formales prevalece sobre los de carácter material y, en determinadas ocasiones, estos últimos pueden tener relación con el fondo del asunto”. Véase el caso *Perozo y otros contra Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 42.

⁵⁹ Un tema de distinta índole, que aquí no puede ser abordado, guarda relación con determinar si la comprobación del agotamiento de la vía recursiva es una cuestión de fondo, que compete a la Corte IDH, o de pura admisibilidad, que corresponde en exclusiva a la competencia de la Com IDH.

⁶⁰ Véase por todos el caso *Perozo y otros contra Venezuela*, loc. cit., § 38.

⁶¹ En el caso *Velásquez Rodríguez*, serie C, sentencia 29.7.1988, § 88, queda claro que el Estado en su defensa debe probar que la presunta víctima no ha agotado la vía recursiva.

⁶² Artículo 46.2: “2. Las disposiciones de los incisos 1.a y 1.b del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) 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, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

⁶³ Artículo 30.3 del Reglamento de la CADH.

que el Estado en un plazo razonable (según la premura del caso) presente su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.⁶⁴ Recibida la respuesta del Estado, la víctima y Estado tendrán la posibilidad de presentar escritos de réplica y dúplica, así como de solicitar una audiencia ante la Com IDH.

4.1.9. Los criterios jurídicos priman sobre los “políticos” o de oportunidad⁶⁵ cuando la Com IDH decide “abrir un caso”.⁶⁶ Sin embargo, no son fácilmente determinables las variables que la Com IDH utiliza para “conciliar” con los estados denunciados los “acuerdos amistosos”, o para presentar una denuncia ante la Corte IDH.⁶⁷ Si se considera que la víctima no tiene la posibilidad de acceder en forma directa a la jurisdicción de la Corte IDH,⁶⁸ esta situación puede repercutir —de alguna forma— en la falta de seguridad jurídica o en la insatisfacción del derecho de acceso a la justicia.⁶⁹

4.2. Acceso y participación ante la Corte IDH

4.2.1. A diferencia de la CPI, que dirime la responsabilidad penal de un individuo, la Corte IDH no tiene entre sus funciones la identificación del autor de la violación de los derechos humanos, sino que su actividad se dirige a analizar la responsabilidad del

⁶⁴ Artículo 30.4 y 30.7 del Reglamento de la CADH.

⁶⁵ Véase Feria Tinta: o. cit., pp. 165 ss.

⁶⁶ Cf. artículo 37 del Reglamento de la CADH. Véase que en el año 1996 de 509 peticiones solo se abrieron 135 casos, es decir, se admitió solo un 26,5% de las peticiones, lo que “implica que el 73,5% de los casos han sido declarados inadmisibles, sin un pronunciamiento formal de inadmisibilidad”. Esta práctica contraviene lo dispuesto por la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares, § 40, donde se estableció que “si la admisión no requiere un acto expreso y formal, la inadmisibilidad, en cambio, sí lo exige”. Véase Cox: o. cit., p. 358.

⁶⁷ Según el artículo 72.1 del Reglamento de la CADH, cuando se presenta la demanda ante la Corte IDH, la Com IDH indicará: “a. las pretensiones sobre el fondo, reparaciones y costas; b. las partes en el caso; c. la exposición de los hechos; d. la información sobre la apertura del procedimiento y admisibilidad de la petición; e. la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; f. los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes; g. datos disponibles sobre el denunciante original, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados. h. los nombres de sus delegados; i. el informe previsto en el artículo 50 de la Convención Americana”.

⁶⁸ Este tema perdería importancia si la víctima pudiera gozar de *jus standi* ante la Corte IDH para no depender de los criterios de selección de la Com IDH. Véase críticamente Verónica Gómez: “Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: New Rules and Recent Cases”, en *Human Rights Law Review*, 2001, p. 114.

⁶⁹ Dice Feria Tinta: “en la práctica solo un puñado de casos (alrededor de 7) llegan cada año en efecto a ser referidos por la Comisión Interamericana a la Corte. El trasfondo de esto es que la mayoría de casos interpuestos ante la Comisión no llegan a ser procesados en su enteridad, existiendo numerosos casos que quedan en una especie de limbo sin resolución de admisibilidad y por tanto sin posibilidad real de poder llegar alguna vez a la Corte”. Véase Feria Tinta: o. cit., p. 189.

Estado y a disponer la reparación pertinente.⁷⁰ Así, el proceso contencioso ante la Corte se concentra en determinar si hubo una violación y si esta se produjo con el apoyo, la tolerancia o aquiescencia de los órganos del Estado, o si estos incumplieron su obligación de adoptar medidas preventivas o de investigación, sanción y reparación de las violaciones.⁷¹ Como consecuencia, presentada la demanda por la Com IDH, la Corte IDH puede continuar hasta la finalización del proceso aunque no comparezcan la víctima o del Estado afectado.⁷² Es por esta razón que, si bien en el sistema interamericano la presunta víctima tiene la carga de la prueba, esto no impide que ella pueda renunciar a comparecer ante la Corte IDH y dejar la carga probatoria y la defensa de sus intereses en manos de la Com IDH (que, como se ya dijo, cumple una función de garante del interés público, similar a la del Ministerio Público en el ámbito nacional).⁷³

4.2.2. Si desea acceder a la jurisdicción de la Corte IDH, la víctima tiene que peticionar la apertura de su “caso” frente a la Com IDH. Solo cuando no se llega a una “solución amistosa” entre la presunta víctima y el Estado demandado, la Com IDH está en condiciones de habilitar la jurisdicción de la Corte IDH. Esto significa que la víctima no tiene un acceso directo a la Corte IDH, pero además, hasta la modificación del Reglamento de la Corte IDH del año 2000, la víctima solo podía intervenir ante la Corte IDH por medio de sus abogados, que participaban del proceso como asesores ad hoc de la Com IDH.⁷⁴ Hasta esa fecha la participación directa de la víctima se limitaba a la etapa contenciosa de la reparación.

4.2.3. A partir del nuevo Reglamento se terminó con la falta de autonomía de la víctima en el proceso ante la Corte IDH.⁷⁵ Según dispone el artículo 23 RCIDH:

⁷⁰ La Corte IDH tiene una competencia limitada por cuanto solo puede juzgar a los estados miembros de la OEA que han aceptado su jurisdicción.

⁷¹ Véase por todos *Godínez Cruz contra Honduras*, serie C, n.ºs 3, 5, 8, 10, sentencia de fondo, § 154 ss.; 183 ss.

⁷² Artículo 27.1 del Reglamento de la Corte IDH: “Cuando una parte no compareciere o se abstuviere de actuar, la Corte, de oficio, impulsará el proceso hasta su finalización”. Sin embargo, para el traslado de pruebas practicadas ante la Com IDH que permite el artículo 43.2 del Reglamento de la Corte IDH, de modo de evitar que se repitan ante la jurisdicción de la Corte IDH, se requiere que ambas partes hayan estado presentes según las pautas de un proceso contradictorio. Según el artículo 43.2 del Reglamento de la Corte IDH: “Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las”.

⁷³ Este es también un derecho de la víctima respaldado por la criminología y la victimología para evitar la victimización secundaria, porque ella ya ha comparecido ante la Com IDH para probar la lesión de sus derechos por el Estado.

⁷⁴ Véase Juan Méndez: “La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nieto Navia (ed.): o. cit., p. 324. Esta situación era denunciada en el voto disidente de Piza Escalante en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, que lo interpretó como una situación violatoria del derecho de acceso a la justicia. Véase César Landa (comp.): o. cit., p. 61.

⁷⁵ Artículo 1.23 del Reglamento de la Corte IDH: “[...] la expresión ‘partes en el caso’ significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, solo procesalmente, la Comisión”.

1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. 2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. 3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.

4.2.4. De esta manera, si bien la víctima continúa vinculada por la base fáctica de la demanda presentada por la Com IDH, se puede afirmar que la reforma del Reglamento de la Corte IDH del 2000 permite la comparecencia de una nueva parte procesal, la víctima, que ahora podrá coadyuvar con la estrategia de la Com IDH o disentir con ella, arguyendo sus propios argumentos, defendiendo en forma directa sus intereses y ofreciendo sus medios de prueba en forma independiente. Además, como vimos en la sección anterior, si bien a partir de la reforma reglamentaria del 2000, las víctimas pueden acudir directamente a la Corte IDH para solicitar medidas cautelares. El ejercicio por las víctimas de esta nueva posición procesal ante la Corte IDH ha venido acompañado del recurso a medios electrónicos que favorecen su ejercicio.⁷⁶

5 • Contenido de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y la justicia y de las correspondientes obligaciones de los estados a su satisfacción

5.1. Derecho a la verdad

5.1.1. La normativa de la Com IDH hace referencia a un derecho de las víctimas a la información, a saber pormenores de lo sucedido, pero no se refiere expresamente a

⁷⁶ Artículo 24 del Reglamento de la Corte IDH: "1. La demanda, su contestación y los demás escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado. En el caso del envío por medios electrónicos, deberán presentarse los documentos auténticos en el plazo de 15 días. 2. El Presidente puede, en consulta con la Comisión Permanente, rechazar cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente, el cual ordenará devolver sin trámite alguno al interesado".

un derecho a conocer la verdad.⁷⁷ Es la Corte IDH la que ha interpretado que el derecho de las víctimas y sus familiares a la verdad “exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades”.⁷⁸ El contenido del derecho a la verdad tal y como hoy lo conocemos se trata, por tanto, de una “creación jurisprudencial” de la Corte IDH, que implica conocer la realidad sobre ciertos hechos, y guarda relación con los derechos a la justicia y a la reparación.

5.1.2. El derecho a la verdad tiene una vertiente individual (víctima directa),⁷⁹ que se vincula al derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y las identidades de los responsables a través de la investigación y el juzgamiento (cf. artículos 8⁸⁰ y 25 de la Com IDH).⁸¹ Además, la verdad en sí misma, su conocimiento, tiene un efecto de reparación para las víctimas que el Estado tiene la obligación de satisfacer.⁸²

5.1.3. El derecho a la verdad tiene también una vertiente colectiva (sociedad).⁸³ Así, en el caso de violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo por el Estado

⁷⁷ El derecho a la verdad surge de los artículos 32 y 33 del Protocolo adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra I-IV de 1949 y atañe a toda la comunidad que ha sufrido la comisión de crímenes aberrantes mediante violaciones masivas o sistemáticas contra los derechos humanos, llevadas a cabo por estructuras organizadas de poder. Según Mary Albon, hay tres razones principales para establecer la verdad de lo ocurrido: 1) búsqueda de justicia para las víctimas, 2) facilitar la reconciliación nacional, 3) prevenir nuevas violaciones y abusos. Véase Haile Dadios: *Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia*, Lovaina: Centre for Advanced Legal Studies, K. U. Leuven University Press, 2000, p. 23. Al Estado incumbe la obligación de conservar la documentación (archivos y otros) y cualquier prueba de la comisión de tales crímenes, no solo para garantizar que no se repitan e individualizar a los autores, sino para que se conozca la verdad sobre ellos.

⁷⁸ Véase el caso *Valle Jaramillo y otros*, loc. cit., § 102.

⁷⁹ El derecho a la verdad tiene un “carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación”. Véase *Bámaca contra Guatemala*, loc. cit., § 197.

⁸⁰ En la opinión consultiva OC 9/87 estableció la Corte IDH: “[...] el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”.

⁸¹ Véase *Bámaca contra Guatemala*, loc. cit., § 201; *Barrios Altos contra Perú*, loc. cit., § 48; *Almonacid Arellano contra Chile*, loc. cit., § 105 s. El derecho a la verdad es inseparable de un “derecho a la justicia de contenido más general y que implica obligaciones de parte del Estado”. Véase Juan Méndez: “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en Abregú y Courtis (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Del Puerto, 1997, p. 519.

⁸² Véase Corte IDH, caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162., § 222.

⁸³ Véase con mayor detalle Pablo Galain Palermo y Paola Bernal: “Sudamérica”, en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August-Universität-Göttingen, 2008, p. 388, nota 97.

organizado como aparato ilegal —el fenómeno conocido como *terrorismo de Estado*—, el silencio institucional perpetúa la lesión del derecho de las víctimas directas y las potenciales (sociedad) con relación al conocimiento de la verdad.⁸⁴

5.1.4. En casos de terrorismo de Estado como, por ejemplo, los que acontecieron con las dictaduras latinoamericanas que actuaron dentro del Plan Cóndor (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay), el Estado de derecho puede recurrir a tres vías principales para el conocimiento de la verdad: a) una investigación judicial; b) una comisión de la verdad; c) una investigación administrativa o parlamentaria.⁸⁵ Estas múltiples vías han sido avaladas por la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha sostenido que la vía judicial no es la única posible para la averiguación de la verdad.⁸⁶ Sin embargo, al mismo tiempo, la Corte IDH ha manifestado también que la vía no judicial difícilmente pueda sustituir la vía judicial (que constituye *per se* una obligación del Estado), sino que la complementa.⁸⁷ De esto puede deducirse que, en opinión de la Corte IDH, la obligación del Estado al esclarecimiento de los hechos se fundamenta principalmente en la realización de procesos judiciales.⁸⁸

5.1.5. El derecho de las víctimas a conocer la verdad incluye el deber o la obligación estatal de investigar y perseguir no solo a los autores materiales de los crímenes o delitos, sino también a los autores intelectuales. Así, la Corte IDH sostiene que no basta con perseguir a los autores materiales (agentes públicos) cuando quedan impunes los autores intelectuales. Por el contrario, el Estado afectado “deberá adoptar todas las medidas judiciales y administrativas necesarias con el fin de reabrir la investigación por los hechos del presente caso y localizar, juzgar y sancionar al o los autores intelectuales de los mismos”.⁸⁹

⁸⁴ La desaparición forzada “[...] acarrea una violación del derecho a la verdad, que asiste a los familiares de la víctima y a la sociedad en general”. Este derecho tendría “un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación”. Véase el voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez en el caso *Bámaca contra Guatemala*, loc. cit., § 17.

⁸⁵ Véase en profundidad sobre esta temática, K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.): *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August-Universität-Göttingen, 2009

⁸⁶ Véanse, por todos, los casos *Bámaca Velásquez*, loc. cit., § 201 ss., *Barrios Altos*, loc. cit., § 48 ss., y *Masacre de Mapiripán*, loc. cit., § 297

⁸⁷ Véase Com IDH, caso *Masacre de La Rochela*, loc. cit., § 195

⁸⁸ Véase el caso *Almonacid Arellano*, loc. cit., § 150. Como ha sostenido: “La Corte ha también reconocido la necesidad de hacer justicia, mediante el enjuiciamiento (con las garantías del debido proceso legal) y la sanción de los responsables”. Véase el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago*, serie C, n.º 80, 1 de septiembre de 2001, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 24.

⁸⁹ Véase el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, loc. cit., § 23

5.1.6. Según la Corte IDH, el derecho a la verdad impide el recurso a 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 de derechos humanos.⁹⁰

5.2. Derecho a la justicia

5.2.1. El artículo 25.1 de la CADH refiere a la protección judicial,⁹¹ estableciendo que para brindar protección a las víctimas es necesario que los estados ofrezcan a las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial no solo formal, sino materialmente efectivo y rápido, pilar no solo de la CADH sino del Estado de derecho.⁹² Por ello, el derecho de acceso a la justicia está estrechamente ligado al desarrollo de la actividad judicial a través del proceso en un plazo razonable.⁹³

5.2.2. La tramitación del proceso en un *plazo razonable* (cf. artículo 8.1 de la CADH)⁹⁴ integra el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales.⁹⁵ Según la Corte IDH, para la interpretación de esta exigencia y “determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso” es necesario considerar tres elementos: “a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales”.⁹⁶

5.2.3. Cuando se trata del derecho a la justicia, la Corte IDH tiene honda preocupación en el cumplimiento del *plazo razonable* para la resolución de la actividad judicial a través del proceso en el ámbito nacional, principalmente cuando en el sistema legislativo no existe un plazo máximo para la duración de una investigación penal⁹⁷ o

⁹⁰ Véase el caso *Las Palmeras contra Colombia*, loc. cit., § 69.

⁹¹ Artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁹² Véase el *Maritza Urrutia contra Guatemala*, serie C, n.o 103, 27, de noviembre de 2003, § 117.

⁹³ Véase, por todos, el caso *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, serie C, n.o 99, 7 de junio de 2003, § 121, y el caso *Cinco pensionistas contra Perú*, loc. cit., § 126

⁹⁴ Artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

⁹⁵ Véase el caso *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, loc. cit., § 129.

⁹⁶ Véase el caso *Ricardo Canese contra Paraguay*, serie C, n.o 111, 31.8.2004, § 141; caso *Tibi contra Ecuador*, loc. cit., § 175

⁹⁷ Véase por todos el caso *Perozo y otros contra Venezuela*, loc. cit., § 86

la prisión preventiva, o cuando el tiempo de detención preventiva excede el principio de proporcionalidad o se aplica sin respetar su naturaleza cautelar, como un adelanto de pena o como la única pena.⁹⁸ Además, la Com IDH también ha hecho hincapié en la reforma de los sistemas procesal-penales como el de Uruguay, que no cuenta con plazos razonables para el dictado de una sentencia de condena o para el sometimiento “sin demora” de una persona detenida “ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” a los efectos de ser juzgada en un plazo razonable (cf. artículo 7.5 de la CADH).⁹⁹

5.2.4. El ejercicio del derecho a la justicia tiene tanta importancia que la Corte IDH se ha opuesto a cualquier disposición constitucional o legal que impida su satisfacción efectiva. En ese sentido la Corte IDH ha sostenido también:

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.¹⁰⁰

La Corte IDH se ha expresado también en forma contraria a la prohibición de la irretroactividad de la ley menos benigna en perjuicio del reo. Asimismo, ha considerado violatorio del principio de juez natural, así como del debido proceso y del acceso a la justicia, el sobreesimio de militares en un procedimiento llevado a cabo ante la jurisdicción militar cuando la competencia es de la justicia civil.¹⁰¹

5.2.5. Particular mención merece el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, donde la Corte IDH exige expresamente al Estado dejar sin efecto las disposiciones que impiden la persecución penal “puesto que la declaración de crimen de lesa humanidad

⁹⁸ Véase el caso *Tibi contra Ecuador*, loc. cit., § 180.

⁹⁹ Véase “Report n.º 35/06, Petition 1109-04, Admissibility, Jorge, José and Dante Peirano Basso v. Eastern Republic of Uruguay, March 14, 2006”. Dice la Com IDH: “Que el Estado uruguayo es responsable de la irrazonable prolongación de la prisión preventiva de Jorge, José y Dante Peirano Basso, y que en consecuencia, el Estado uruguayo es responsable de la violación del derecho a la libertad personal (artículo 7(2), 3, 5 y 6), de las garantías del debido proceso (artículo 8(1) y 2) y del compromiso de garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos (artículo 25(1) y 2), en conjunción con las obligaciones genéricas del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de esos derechos (artículo 1(1)9) y de adoptar medidas legislativas y de otro género que den la necesaria eficacia a esos derechos a nivel nacional (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Informe n.º 35/07, caso 12.553, fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 1.5.2007, § 191.

¹⁰⁰ Véase el caso *Barrios Altos*, loc. cit., § 41; *19 comerciantes contra Colombia*, serie C, 109, 5 de julio de 2004, § 262, y *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, serie C, n.º 101, 25 de noviembre de 2003, § 276.

¹⁰¹ Véase el caso *19 comerciantes*, loc. cit., § 174.

en el caso en cuestión trae como consecuencia que el delito contra Almonacid Arellano adquiera naturaleza de imprescriptible y requiera de una nueva consideración, a pesar de la prohibición jurídica de la doble incriminación”.¹⁰² De esta forma “los tribunales chilenos estarían obligados (o facultados) a reconsiderar aquellos casos de violaciones de derechos humanos archivados por motivo del mero transcurso del tiempo (prescripción), así como volver a calificar aquellos otros que con similares características y cometidos en el mismo contexto que el de Almonacid Arellano fueron originariamente tipificados como homicidios comunes. De la misma manera, deberían investigarse casos sobreesidos en aplicación del decreto ley 2191”, porque esta ley, según la Corte IDH, no produce efectos jurídicos.¹⁰³

5.2.6. A raíz de la implementación en el ámbito nacional de algunas de las sentencias dictadas por la Corte IDH en el marco de la defensa del derecho a la justicia de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, ciertos autores se han cuestionado la viabilidad de trasladar decisiones propias de la jurisprudencia relativa a la protección de los derechos humanos al derecho penal y procesal penal, sobre todo en materia de cosa juzgada y de *ne bis in ídem*.¹⁰⁴

6. Reparaciones en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte IDH

6.1. El derecho a la reparación aparece consagrado en el artículo 63.1 de la CADH, que establece:

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las

¹⁰² Véase Galain Palermo y Bernal: o. loc. cit., p. 377.

¹⁰³ Véase el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, loc. cit., § 145

¹⁰⁴ La Corte IDH ha reconocido, sin embargo, que para no violar el principio *ne bis in ídem* la “cosa juzgada” tiene que ser declarada “fraudulenta” o “aparente”, de modo de que pueda declararse que se ha violado con el principio del debido proceso y de una resolución legítima. Véase el caso *La Cantuta*, loc. cit., voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, § 13. El principio *ne bis in ídem* está contemplado en el artículo 8.4 de la CADH: “[...] el inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Al respecto la Corte IDH ha dicho: “Entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absoluto”. Véase el caso *Lori Berenson contra Perú*, serie C, n.º 119, 25.11.2004, § 202. Véase Ezequiel Malarino: “Breves Reflexiones sobre la justicia de transición a partir de la experiencia latinoamericana”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.): *Justicia de transición*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August Universität Göttingen, 2009, p. 419, nota 8, comentando las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencias *Arancibia Clavel*, de 24.8.2004, *Simón*, de 14.6.2005, y *Mazzeo*, de 13.7.2007.

consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En cuanto a esta exigencia de reparación de las víctimas que surge del artículo 63.1 de la CADH,¹⁰⁵ generalmente la Corte IDH ha dejado que la Com IDH y los estados demandados lleguen a un acuerdo amistoso sobre la naturaleza y la cuantía de tales reparaciones.¹⁰⁶

6.2. La jurisprudencia de la Corte IDH ha adoptado repetidamente el concepto de *reparación integral*, que permite a la Corte IDH un amplio margen de discreción para determinar las medidas de reparación, atendiendo a la naturaleza y las consecuencias de la violación de los derechos de las víctimas.¹⁰⁷ El primer componente lo constituye la restitución en los derechos y libertades conculcados por la violación. De ahí que la reparación pueda consistir en: a) la libertad inmediata, definitiva, sin restricciones e inapelable de la víctima;¹⁰⁸ b) la no ejecución de una multa;¹⁰⁹ c) la anulación de antecedentes penales;¹¹⁰ d) el levantamiento del mecanismo interno de la censura previa (en casos de violación del derecho a la libertad de expresión),¹¹¹ o e) el reintegro de las víctimas a sus antiguos puestos de trabajo, cargos o similares.¹¹²

¹⁰⁵ La obligación de reparar a las víctimas también está establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (cf. artículos 6, 8 y 9).

¹⁰⁶ En el primer caso ante la Corte IDH (caso *Velásquez Rodríguez*), la Corte IDH instó al Estado de Honduras y a la Com IDH a negociar el monto de la reparación (no a los abogados de las víctimas, asesores ad hoc de la Com IDH). En este caso, se produjo el voto disidente del juez Piza Escalante, quien propuso limitar la negociación entre el Estado y la Com IDH a un plazo de seis meses a partir de la sentencia, y sostuvo que la condición de parte en esta negociación no correspondería a la Com IDH sino a los causahabientes de la víctima. Con posterioridad en otros casos, como *Godínez Cruz contra Honduras*, la Corte IDH fijó directamente plazos para que cada parte estableciera su posición sobre el monto de la reparación y citó a una audiencia (en la que los abogados de las víctimas pudieron argumentar independientemente de los argumentos de la Com IDH). En cuanto al trámite procesal, el artículo 33 del Reglamento de la Corte IDH, en aras del principio de economía procesal, permite que en el escrito de demanda se incluya aquello que se solicita en concepto de reparación y costas. De esta forma, si la Corte IDH lo considera oportuno, pueda fallar sobre el fondo del asunto sin necesidad de abrir la etapa de reparaciones. Es decir, en una sola sentencia la Corte IDH puede resolver todas las cuestiones que se ventilan en su jurisdicción. En caso de allanamiento del Estado demandado, "la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes" (cf. 52.2 Corte IDH).

¹⁰⁷ Véase el caso *Baena Ricardo y otros contra Panamá*, § 64, en César Landa (comp.): o. cit., p. 607.

¹⁰⁸ Véase *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit., § 109.

¹⁰⁹ Véase *Suárez Rosero contra Ecuador*, § 76, en César Landa (comp.): o. cit., p. 379.

¹¹⁰ *Ibidem*, § 121 s.

¹¹¹ Véase el caso *La última tentación de Cristo contra Chile*, § 96, en César Landa (comp.): o. cit., p. 731.

¹¹² El Estado tiene determinado plazo para garantizar el goce de los derechos o libertades conculcados haciendo efectiva la ejecución de sentencias de amparo que no fueron cumplidas y retornando a los trabajadores en sus cargos o en puestos similares. Si esto no fuera posible, debe brindar condiciones de empleo similares a las que tenían al momento del despido (salarios, condiciones y remuneraciones). Además el Estado debe pagar una indemnización por despido injustificado. Véase el caso *Acevedo Jaramillo y otros contra Perú*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo.

6.3. El concepto de reparación integral incluye también la indemnización por los daños sufridos, a la que se refiere el artículo 63.1 de la CADH con la expresión *justa indemnización*. Esta expresión se limita a la compensación del daño y no se extiende a una sanción (indemnización ejemplarizante o disuasiva).¹¹³ En este sentido, hay que subrayar que la Corte IDH no reconoce en su jurisprudencia el concepto de *punitive damages*, tan utilizado en los sistemas de *common law*, en el entendido de que el artículo 63.1 de la CADH es de naturaleza compensatoria y no afflictiva.¹¹⁴

6.4. En sus primeras sentencias, la Corte IDH se apegó a criterios del derecho civil¹¹⁵ para determinar la naturaleza y el monto de las indemnizaciones,¹¹⁶ y fue a partir de los casos *Neira Alegria* y *El Amparo* que varió el criterio para utilizar la distinción

¹¹³ Véase por todos *Garrido y Baigorria contra Argentina*, loc. cit., § 41 y 44. Es de otra opinión el juez Cançado Trindade en los votos razonados de varias sentencias. Véase Galain Palermo y Bernal: o. cit., p. 388, nota 93.

¹¹⁴ “Además, la teoría de los daños punitivos riñe con la teoría del enriquecimiento injusto de la víctima, todavía dominante en los países del *continental law*”. *Ibidem*, pp. 387 s. De opinión contraria, Cançado Trindade, votos razonados en los casos *Blanco Romero y otros contra Venezuela*, sentencia 2811.2005, serie C, n.º 138; *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 2511.2003, serie C, n.º 101; *Masacre de Plan de Sánchez*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre de 2004, serie C, n.º 105. En su opinión, “los términos del artículo 63(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectivamente abren a la Corte Interamericana un horizonte bastante amplio en materia de reparaciones [...] reparaciones con propósitos ejemplarizantes o disuasivos (correspondientes a una responsabilidad agravada) pueden coadyuvar tanto en la lucha contra la impunidad como en la garantía de no repetición de los hechos lesivos”. Cf. *Blanco Romero y otros contra Venezuela*, loc. cit., § 7 (voto razonado).

¹¹⁵ En constantes votos razonados de los jueces de la Corte IDH se hace hincapié en distanciar los conceptos de la reparación por violaciones de los derechos humanos de los conceptos civiles en materia de indemnización. En ese sentido, en el ámbito del daño material antes que referirse al concepto de *pérdida de ingresos* se prefiere el concepto de *proyecto de vida*, por ejemplo, cuando se trata de la ejecución de niños o de menores de edad. “El daño al proyecto de vida involucra tanto aspectos materiales como inmateriales [...] comprende así no solo una reparación indemnizatoria por la privación arbitraria de la vida, sino por la afectación y truncamiento al libre desarrollo de la personalidad, la interrupción de las acciones que pudieron realizar ambos niños en lo laboral (pérdida de ingresos) sino también en aspectos espirituales, la realización personal y familiar, la consecución de planes y metas [...] El reconocimiento de un daño al proyecto de vida, resulta así más integral y consistente desde una perspectiva de protección de derechos humanos, apartándose de corrientes esencialmente patrimonialistas”. Véase el voto razonado del juez ad hoc Eguiguren en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, § 3, en César Landa (comp.): o. cit., p. 1147. El concepto del *proyecto de vida* con relación a los menores de edad es una obligación del Estado que incluye “la obligación de, inter alia, proveerlos de salud y educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”. Véase el caso *Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay*, loc. cit., § 161.

¹¹⁶ A partir del primer caso contencioso, Velásquez Rodríguez contra Honduras, la reparación consistió en el cálculo del daño emergente y del lucro cesante (daño material) y la comprobación del sufrimiento y las consecuencias psíquicas (daño moral, en las primeras sentencias, o daño inmaterial, como se refiere la Corte IDH en las sentencias más actuales). El daño material “supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”. Véase el caso *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, § 162. Esto significa que pueden ser beneficiarios de las reparaciones todos aquellos que hayan sufrido daños consecuencia de los hechos, sin que tengan que ser necesariamente familiares de la víctima directa (por ejemplo, amigos íntimos). Para la comprobación del daño inmaterial cuando se trata de muertes violentas, torturas, desapariciones forzadas de personas, no hace falta ninguna prueba para la comprobación del sufrimiento de los familiares de la víctima. Véase el caso *Myrna Mac Chang contra Guatemala*, loc. cit., § 264.

entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales.¹¹⁷ Así dentro del concepto amplio de daño manejado por la Corte IDH se incluye:

- El *daño material*, referido a “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y los gastos efectuados por sus familiares con motivo de los hechos, y fijará una indemnización que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones cometidas”.¹¹⁸
- El *reembolso de costas* por el hecho de litigar en el ámbito internacional para la defensa de los derechos humanos.¹¹⁹
- El *daño moral* infligido a víctimas de padecimientos físicos o psicológicos,¹²⁰ que en ciertos casos de violación de derechos que importan a toda la comunidad internacional y se recogen en normas de *ius cogens*, como la desaparición forzosa, no necesita ser probado.¹²¹
- El denominado *daño al proyecto de vida*, “una noción distinta del ‘daño emergente’ y el ‘lucro cesante’,¹²² y que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.¹²³

¹¹⁷ Véase Alejandro Kawabata: “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Abregú y Courtis (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Del Puerto, 1997, p. 367.

¹¹⁸ Véase el caso *Tibi contra Ecuador*, loc. cit., § 234.

¹¹⁹ Véase por todos *Cantos contra Argentina*, § 72 ss., 77.5, en César Landa (comp.): o. cit., p. 808. Para el cálculo de costas y gastos la Corte IDH recurre al criterio de la equidad tomando en cuenta los gastos realizados por las partes, pero siempre que estos sean razonables. Véase el caso *Cantos contra Argentina*, serie C, n.o 85, 7 de septiembre de 2001, § 72. La razonabilidad de la Corte IDH es criticada en cuanto a la determinación de las costas que “al final del proceso no permite la recuperación de los gastos en que efectivamente se incurren en la litigación ante esta en los casos en que de una manera u otra la víctima logra llegar al final del proceso. Los montos conferidos por la Corte por concepto de costas son mínimos e irreales no cubriendo ni el 50 por ciento de los gastos comprobadamente incurridos”. Véase *Feria Tinta*: o. cit., p. 191.

¹²⁰ Véanse los casos *Aloeboetoe y otros*, loc. cit., § 52, y *El Amparo contra Venezuela*, loc. cit. § 36.

¹²¹ En jurisprudencia constante de la Corte IDH se sostiene que “resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a desaparición forzada experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas”. Véase por todos el caso *Ticona Estrada y otros contra Bolivia*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 27 de noviembre de 2008, § 133. El daño inmaterial abarca también el dolor causado por presentar a las víctimas como terroristas o delincuentes abatidos en un enfrentamiento armado, como estrategia estatal para cubrir o brindar impunidad a sus funcionarios policiales o agentes públicos. Véase el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, serie C, n.o 10, 8 de julio de 2004, § 216.

¹²² No se corresponde ni con la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos (como sucede en el daño emergente), ni con la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos (como ocurre con el lucro cesante)

¹²³ Véase el caso *Loayza Tamayo contra Perú*, serie C, n.o 33, sentencia 17 de septiembre de 1997, § 147. Véase que este concepto de daño se asocia a un proyecto de realización personal y al libre ejercicio de los derechos

6.5. Además de la restitución y la indemnización, el concepto de reparación integral adoptado por la Corte IDH tiene la potencialidad de reparar no solo la situación de la víctima directa (individual o colectiva), sino también la situación estructural o sistémica, para que todo el ordenamiento se adecue al estándar básico de protección de los derechos humanos contenido en la CADH.¹²⁴ Esto lo ha llevado a cabo la Corte IDH mediante la condena a los estados infractores a cumplir conjunta o indistintamente obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer*.¹²⁵ Así, en varios casos la reparación consistió en exigir el cumplimiento de la obligación estatal de investigar y sancionar, esto es, el inicio o la continuación de los procedimientos judiciales para averiguar la situación de los desaparecidos¹²⁶ y la sanción correspondiente a los responsables.¹²⁷ En alguna oportunidad la Corte IDH otorgó a una fundación con el nombre de la víctima dinero para solventar los gastos judiciales de los procesos penales para la sanción de los responsables.¹²⁸ En otros, se exigió a los estados adoptar medidas legislativas¹²⁹ (por ejemplo, crear el tipo penal de los delitos de desaparición forzada o de tortura, etcétera) o adecuar la normativa interna a la normativa de la Com IDH.¹³⁰

inherentes al ser humano. En particular la desaparición forzada de personas es un crimen que lesiona directamente estos derechos, con mayor gravedad por cuanto es el Estado el que provoca o tolera esta pérdida o menoscabo de las oportunidades de desarrollo o desenvolvimiento personal, cuando el ejercicio monopólico del poder público lo obliga como contrapartida a asegurar el ejercicio individual de los derechos e intereses legítimos. Véase el caso *Loayza Tamayo*, loc. cit., § 150.

¹²⁴ Según la Corte IDH, esto es posible debido al compromiso asumido por los estados parte de la CADH, que implica para ellos evitar emprender acciones que puedan violar los derechos humanos (obligaciones de no hacer) y emprender acciones para protegerlos (obligaciones de hacer).

¹²⁵ Como ejemplo de obligaciones de hacer se puede condenar a los estados a modificar su sistema jurídico interno para garantizar el goce de los derechos humanos (cf. artículos 1.1, 2 Com IDH), o para garantizar a las víctimas el acceso a medios impugnativos idóneos para su reparación. Véase Corte IDH, opinión consultiva OC 9/87 de 6.10.1987, num. 24. Estas obligaciones también comprenden la investigación de los hechos, la *restitutio in integrum* cuando ello sea posible, la identificación y la sanción de los autores. Véase por todos el caso *Godínez Cruz* y otros contra Honduras, loc. cit., § 175.

¹²⁶ La investigación tiene que conducir a encontrar los restos de los desaparecidos, considerando "la entrega de los restos mortales" como un acto de reparación. Véase por todos el caso *El caracazo (Aguilera La Rosa y otros) contra Venezuela*, loc. cit., § 123.

¹²⁷ Véase *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*, § 69; *El Amparo contra Venezuela*, § 61; *La panel blanca (Paniagua Morales y otros contra Guatemala)*, § 198; *Castillo Páez contra Perú*, § 90; *Blake contra Guatemala*, § 121; *El caracazo (Aguilera La Rosa y otros contra Venezuela)*, § 119; *Bámaca contra Guatemala*, § 73 ss.; *19 comerciantes contra Colombia*, § 251; *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, § 184, en César Landa (comp.): o. cit., pp. 145, 164, 221, 241, 313, 574, 713, 840, 907.

¹²⁸ Véase el caso *Myrna Mac Chang contra Guatemala*, loc. cit., § 292.

¹²⁹ Véase por todos el caso *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros contra Guatemala)*, loc. cit., § 98.

¹³⁰ Véase el caso *Bulacio contra Argentina*, loc. cit., § 139 ss. En reciente resolución de la Com IDH se ha obligado al Estado uruguayo a reformar su procedimiento penal, que no contempla exigencia del artículo 8 en relación con el "derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas", que puede interpretarse como una exigencia de juzgar a los individuos en un plazo razonable. Véase el caso 12.553 de la Com IDH, *Peirano contra Uruguay*, loc. cit. Sobre la exigencia de resolver un caso en *tiempo razonable*, véase *Salvador Chiriboga contra Ecuador*, excepción preliminar y fondo, sentencia del 6 de mayo de 2008, serie C, n.o 179, § 59.

6.6. Finalmente, dentro del concepto de reparación integral, la Corte IDH incluye también la propia emisión de la sentencia, por cuanto la determinación de lo ocurrido y la reprobación por la Corte IDH de la violación sufrida es considerada una forma de reparación para víctima y sus familiares¹³¹ que se encuentra estrechamente vinculada al derecho a conocer la verdad en una dimensión social.¹³² Asimismo, el concepto de reparación integral de la Corte IDH incluye también que el Estado adopte medidas de carácter simbólico a través de las cuales reconozca la comisión de la violación y ofrezca garantías de no repetición a la víctimas. En este sentido, la Corte IDH ha exigido que el Estado afectado reconozca públicamente su responsabilidad,¹³³ se disculpe públicamente con los familiares de las víctimas¹³⁴ y con la sociedad,¹³⁵ financie al colegio que lleva el nombre de la víctima,¹³⁶ erija un monumento recordatorio,¹³⁷ ponga el nombre de la víctima a una calle¹³⁸ o cree una beca para defensores de los derechos humanos.¹³⁹ Se ha llegado a exigir como reparación, dentro de la garantía de no repetición de los hechos,¹⁴⁰ la prohibición de utilizar la jurisdicción militar para casos relacionados con agentes estatales¹⁴¹ y la capacitación de los funcionarios estatales para la protección de los derechos humanos.¹⁴²

6.7. Las medidas de reparación generalmente son solicitadas por víctimas individuales y en muchos menos casos por víctimas colectivas (grupos o comunidades).¹⁴³

¹³¹ Véase *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, en César Landa (comp.): o. cit., p. 65; caso *Neyra Alegría y otros contra Perú*, loc. cit. § 56.

¹³² *Quinteros Almeida contra Uruguay*, comunicación n° 107/1981, 2003, relacionado con la desaparición forzada de personas y la negativa a brindar información subsiguiente acerca de su paradero. Véase Galain y Bernal: o. cit., p. 388.

¹³³ Véase *Castillo Páez contra Perú*, loc. cit., § 96 ss.

¹³⁴ Véase *19 comerciantes contra Colombia*, loc. cit., § 274

¹³⁵ Véase *Bámaca contra Guatemala*, § 84, en César Landa (comp.): o. cit., p. 716.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 153.

¹³⁷ Véase *19 comerciantes contra Colombia*, loc. cit., § 273.

¹³⁸ *Caso Heliodoro Portugal contra Panamá*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, § 250 ss

¹³⁹ Véase el caso *Valle Jaramillo y otros contra Colombia*, loc. cit., § 230.

¹⁴⁰ Véase *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit., § 79. Incluso ha sostenido la Corte IDH que esta garantía es más importante que cualquier otro tipo de compensación a las víctimas. Véase *Blanco Romero y otros contra Venezuela*, loc. cit., § 93.

¹⁴¹ Con esta prohibición la Corte IDH ha defendido el principio de juez natural y del debido proceso. Véase el caso *Tiu Tojín contra Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2008, § 118 ss.; el caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52, § 128; el caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 135, § 143, y el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, loc. cit., § 131.

¹⁴² Véase *El caracazo (Aguilera La Rosa y otros contra Venezuela)*, § 127, en César Landa (comp.): o. cit., p. 576.

¹⁴³ Véanse el caso *Acevedo Jaramillo y otros contra Perú*, en el que se peticionó en ocasión de la violación de los derechos de un grupo compuesto por cientos de trabajadores privados de sus puestos de trabajo, y el caso *Comunidad Moiwana contra Surinam*

Estas reparaciones han consistido en compensaciones o pensiones a las víctimas directas o a sus familiares. La reparación de la víctima individual, sin embargo, no ha impedido que se produzcan reparaciones colectivas (construcciones de memoriales, parques, clínicas comunales, escuelas, fundaciones, solicitud de perdón, reconocimiento público de los hechos, etcétera).¹⁴⁴

7 ● Primer acercamiento a la posición de la víctima en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

7.1. Como señalamos en la introducción al presente trabajo, el tratamiento de la víctima en el ECPI constituye, sin duda, uno de sus avances más significativos.¹⁴⁵

7.2. A pesar de su asistematicidad, numerosas disposiciones contenidas en el ECPI, en las RPP y en las Regulations of the Court regulan en detalle el contenido y el ejercicio de los derechos de las víctimas a acceder a la CPI, a participar en las distintas fases de su procedimiento y a obtener una reparación.¹⁴⁶

7.3. En particular, el artículo 15.3 del ECPI y las reglas 50, 92.3, 93, 107 y 109 de las RPP regulan la intervención de las víctimas en el proceso de activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte (también conocido como de apertura de la investigación) sobre una determinada situación de crisis, definida mediante parámetros

¹⁴⁴ Véase Sharon Lean: "Is Truth Enough? Reparations and Reconciliation in Latin America", en John Torpey (ed.): *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 177 ss. En algunos casos relacionados con poblaciones nativas, se ha presentado la posibilidad de reclamación de víctimas colectivas (grupos o comunidades), en los que la Corte IDH ha exigido como reparación la entrega física de las tierras ancestrales, la clara delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, la implementación de un fondo de desarrollo comunitario y el pago de una indemnización por concepto de daño inmaterial y costas y gastos. Véase el caso *Comunidad Mayagna contra Nicaragua*, § 164, en César Landa (comp.): o. cit., p. 640. La Corte IDH ha determinado reparaciones a ser llevadas a cabo sin un lapso determinado; por ejemplo, durante el tiempo en que una comunidad indígena se encuentre sin sus tierras ancestrales, el Estado debe suministrarle los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia (entre ellos, crear accesos para que puedan contactarse con centros de salud). Véase el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29.3.2006, en *Informe anual 2006*, p. 21.

¹⁴⁵ Véanse a este respecto Fernández de Gurmendi: o. cit., pp. 427 ss.; Brady: o. cit., pp. 434 ss.; Bitti y Friman: o. cit., pp. 459 ss.; Jones: o. cit., pp. 1357 ss.; Jorda y De Hemptinne: o. cit., vol. II, pp. 1390 ss.; Donat-Cattin: o. cit., pp. 869 ss., y Stahn, Olásulo y Gibson: o. cit., p. 219.

¹⁴⁶ Véanse los artículos 15(3), 19(3), 68(3) y 75(3) del ECPI, las reglas 50, 59, 89 a 93, 94 a 99, 103, 107 y 109 de las Reglas de Procedimiento y Prueba y las normas 86 y 88 de las Regulations of the Court. Véase también lo señalado por Bitti y Friman: o. cit., pp. 456 y 474.

territoriales, temporales y personales (por ejemplo, la situación de crisis en el territorio de la República Democrática del Congo desde el 1 de julio de 2002).¹⁴⁷

7.4. En relación con las actuaciones que siguen a la finalización del proceso de activación (o de apertura de la investigación) y que preceden a la apertura del proceso penal o caso propiamente dicho¹⁴⁸ —conocidas como fase de investigación de una situación—,¹⁴⁹ la Sala de Apelaciones, en sus decisiones de 19 de diciembre de 2008 y de 2 de febrero de 2009, ha señalado que se trata de actuaciones llevadas a cabo por la Fiscalía con carácter previo al inicio del proceso penal propiamente dicho. Por lo tanto, según la Sala de Apelaciones, la participación de las víctimas, conforme al artículo 68.3 del ECPI y a las reglas 91 a 93 de las RPP, en dichas actuaciones solo sería posible en el marco de aquellas actividades puntuales que con carácter excepcional se llevan a cabo ante la Sala de Cuestiones Preliminares.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 17.1.2006, doc. num. ICC-01/04-101-TEN-Corr, § 65; “Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, doc. num. ICC-02/04-101, § 9. Véase también, H. Olásolo: *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Brill Publishers, 2005, pp. 39-47

¹⁴⁸ Por ejemplo la regla 92(2) de las Reglas de Procedimiento y Prueba prevé que, a los efectos de facilitar la personación de las víctimas en las actuaciones en la manera prevista en la regla 89, la decisión de la Fiscalía de cerrar la investigación de una situación sin proceder a enjuiciamiento alguno conforme al artículo 53(2) del ECPI deberá ser notificada a quienes hayan participado en las actuaciones en calidad de víctimas (o a sus representantes legales) y, en la medida de lo posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la CPI alegando ser víctimas en relación con la situación de que se trate. Véase a este respecto Bitti y Friman: o. cit., p. 470.

¹⁴⁹ Estas actuaciones pueden ser en cierta medida equiparadas con las diligencias preliminares que desarrolla Fiscalía española en el procedimiento abreviado conforme al artículo 785 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Véase H. Olásolo: “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, en *La Ley*, octubre de 2005.

¹⁵⁰ Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones el 19.12.2008, ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, § 45-59; “Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones el 2.2.2009, ICC-01/05-177 OA OA2 OA3, § 7. Estas dos decisiones de la Sala de Apelaciones son, sin duda, más restrictivas que las decisiones adoptadas con anterioridad por las salas de Cuestiones Preliminares I y II. Véase en particular “Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 17.1.2006, doc. num. ICC-01/04-101-TEN-Corr, § 54. “Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, doc. num. ICC-01/02-101, § 88 a 104.

7.5. El artículo 68.3 del ECPI y las reglas 91 a 93 de las RPP regulan la intervención de las víctimas en el proceso penal ante la CPI¹⁵¹ —cuyo objeto son casos (en lugar de situaciones) definidos por incidentes específicos y sospechosos identificados e iniciados mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia conforme al artículo 58 ECPI—;¹⁵² por ejemplo, el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui por su presunta responsabilidad penal como coautores de los delitos cometidos por los miembros de las milicias bajo su mando durante el ataque a la localidad de Bogoro (Ituri, República Democrática del Congo) el 24 de febrero de 2009.

7.6. Finalmente, la intervención de las víctimas en las actuaciones de reparación ante la CPI se regula en el artículo 75.3 del ECPI, las reglas 94 a 99 de las RPP y la norma 88 de las Regulations of the Court, que atribuyen a las víctimas la condición procesal de parte.¹⁵³

8 • El impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las resoluciones de la Com IDH en la interpretación de la definición de víctima contenida en la regla 85 de las RPP

8.1. El ECPI no ofrece ninguna definición del concepto de víctima. Ella se contiene únicamente en la regla 85 de las RPP, que dispone:

Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

¹⁵¹ En este sentido resultan significativos los comentarios de Bitti y Friman: o. cit., p. 457, donde señalan que como resultado del temor de una buena parte de los negociadores a que el elevado número de víctimas hiciera impracticable que estas intervinieran en las actuaciones, se dejó en manos de la sala competente la definición de su posición procesal en el proceso penal ante la Corte. En el mismo sentido, Donat-Cattin: o. cit., pp. 880-882.

¹⁵² Olásulo: *The Triggering Procedure...*, o. cit., p. 108.

¹⁵³ P. Lewis y H. Friman: “Reparations to Victims”, en R. S. Lee (ed.): *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, pp. 474-492, p. 474.

8.2. El contenido de esta definición ha sido interpretado por las tres Salas de Cuestiones Preliminares, la Sala de Primera Instancia I y la Sala de Apelaciones. En la jurisprudencia de las distintas salas se pueden apreciar hasta el momento varios elementos comunes. En primer lugar, la consideración de la expresión *personas naturales* como personas humanas (en contraposición a personas jurídicas).¹⁵⁴ En segundo lugar, la interpretación literal adoptada por las distintas Salas en relación con la expresión *organizaciones o instituciones*.¹⁵⁵ En tercer lugar, la inclusión de las pérdidas económicas y del daño psicológico, además del daño físico, en el concepto de *daño* previsto en la regla 85 RPP. Finalmente, la jurisprudencia de la CPI ha requerido también de manera constante la necesidad de un vínculo de causalidad entre el daño alegado y la existencia de un delito que se encuentre incluido en los ámbitos personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de la CPI.¹⁵⁶

8.3. La jurisprudencia de la Corte IDH ha desempeñado un papel ciertamente importante en la elaboración de estos elementos comunes, en particular en lo que se

¹⁵⁴ “Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 17.1.2006, doc. num. ICC-01/04-101-tEN-Corr, § 80. Véase también “Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Uganda el 10.8.2007, doc. num. ICC-02/04-101, § 105; “Decision on Victim’s Applications”, dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 87. A este respecto, es importante señalar que la Sala de Cuestiones Preliminares I ha afirmado recientemente que no cabe otorgar el estatuto procesal de víctima a quienes hayan fallecido, y que dicho estatuto deberá ser, en su caso atribuido a quienes se hayan visto perjudicados por su fallecimiento. Véase a este respecto, “Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l’enquête en République démocratique du Congo par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 24.12.2007, doc. num. ICC-01/04-423, § 24.

¹⁵⁵ “Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l’enquête en République démocratique du Congo par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, doc. num. ICC-01/04-423”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 24.12.2007, § 137 ss. Véase también, “Decision on Victim’s Applications”, dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 87.

¹⁵⁶ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 17.1.2006, doc. num. ICC-01/04-101-tEN-Corr, § 115-117, § 94. “Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Uganda el 10.8.2007, doc. num. ICC-02/04-101, § 12. “Decision on Victim’s Applications”, dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 92.

refiere a la adopción de un concepto amplio de *daño*, que además del daño material incluye también el daño moral. Así lo demuestra las reiteradas menciones en varias de las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares I¹⁵⁷ y de la Sala de Primera Instancia I¹⁵⁸ a las sentencias dictadas por la Corte IDH en los casos *El Amparo contra Venezuela*,¹⁵⁹ *Aloeboetoe et al. contra Surinam*,¹⁶⁰ y *Neira Alegría y otros contra Perú*.¹⁶¹

8.4. Existen asimismo ciertos aspectos de la definición del concepto de víctima previsto en la regla 85 de las RPP que han sido objeto de diversas interpretaciones por las distintas Salas de la CPI. En primer lugar, se encuentra el problema del ámbito temporal y territorial del delito con el que ha de estar causalmente vinculado el daño alegado.

8.5. La Sala de Primera Instancia I, en su decisión de 18 de enero de 2008, subraya que la regla 85 de las RPP solo exige que el daño alegado sea resultado de “algún crimen de la competencia de la Corte”; por consiguiente, cualquier persona física o jurídica que alegue haber sufrido un daño a resultas de un delito sobre el que la CPI tiene jurisdicción —con independencia del lugar y del momento en el que haya sido presuntamente cometido— podría ser considerada como víctima en relación con las actuaciones relativas a cualquiera de las situaciones o casos ante la CPI.¹⁶²

8.6. Esto significaría que toda persona física o jurídica que pudiera demostrar *prima facie* haber sufrido un daño derivado de alguno de los delitos sobre los que la

¹⁵⁷ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 17.1.2006, doc. num. ICC-01/04-101-tEN-Corr, § 115-1

¹⁵⁸ Decision on Victim’s Applications”, dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 92.

¹⁵⁹ Véase el caso *El Amparo contra Venezuela*, Corte IDH, “Sentencia/Reparaciones (artículo 63(1))”, 14.10.1996, serie C, n.o 28, § 28 a 63. Esta sentencia ha tenido particular importancia en relación con el alcance de la inclusión de las pérdidas económicas dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima recogida en la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. La Sala de Cuestiones Preliminares I y la Sala de Primera Instancia I también se han referido a la sentencia del TEDH en el caso *Ayder y otros contra Turquía*, sentencia del 8 de enero de 2004, aplicación n.o 23656/94, § 141 ss.

¹⁶⁰ Véase el caso *Aloeboetoe y otros contra Surinam*, Corte IDH, “Sentencia/Reparaciones (artículo 63(1))”, 10.9.1993, serie C, n.o 15, § 52. Esta sentencia ha tenido particular importancia en relación con la inclusión del daño psicológico dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima prevista en la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba

¹⁶¹ Véase el caso *Neira Alegría y otros contra Perú*, Corte IDH, “Sentencia/Repaciones (artículo 63(1))”, 19.9.1996, serie C, n.o 29, § 57. Esta sentencia de la Corte IDH, al igual que la dictada en el caso *Aloeboetoe y otros contra Surinam*, ha tenido particular importancia en relación con la inclusión del daño psicológico dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima prevista en la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. La Sala de Cuestiones Preliminares I y la Sala de Primera Instancia I se han referido también a las sentencias del TEDH en los casos *Aksoy contra Turquía*, del 18.12.1996, aplicación n.o 21987/93, § 113, y *Selmouni contra Francia*, 28.7.1999, aplicación n.o 25803/94, § 123.

¹⁶² Decision on Victim’s Applications”, dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 93.

CPI tiene jurisdicción material, y que hubiesen sido cometidos a partir del 1 de julio de 2002 por un nacional de un estado parte o en el territorio de un estado parte, podría ser reconocida como víctima a los efectos de su intervención en las actuaciones relativas a cualquiera de las situaciones o casos de los que la CPI conoce en este momento.¹⁶³ De esta manera, la aportación de indicios de la existencia de un daño derivado de un delito de lesa humanidad presuntamente cometido en territorio de Colombia en marzo de 2003 podría dar lugar al reconocimiento de la condición de víctima en el marco de las actuaciones relativas a la investigación de las situaciones en República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana y Darfur, o de los casos contra Omar Al Bashir, Jean Pierre Bemba, Thomas Lubanga Dilo o Germain Katanga.¹⁶⁴

8.7. En contraposición, la Sala de Cuestiones Preliminares I ha sostenido que la regla 85 de las RPP ofrece una definición genérica de víctima a los efectos de que pueda ser aplicada en las distintas fases del proceso ante la CPI.¹⁶⁵ En consecuencia, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, para determinar el grupo de personas físicas y jurídicas a las que se puede reconocer como víctimas en una determinada fase de las actuaciones ante la CPI sería necesario aplicar la definición de la regla 85 RPP al objeto de la fase procesal de que se trate.¹⁶⁶

¹⁶³ Traducción de Olásolo. "Decision on Victim's Applications", dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 94 y 95.

¹⁶⁴ Definido el concepto de víctima en estos términos tan amplios, la propia Sala de Primera Instancia matiza a continuación: "Sin embargo, no sería significativo o en el interés de la justicia que se permitiera a todas estas víctimas participar en cuanto tales en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo porque la prueba y las cuestiones que haya que examinar (que dependerán de los cargos a los que se enfrenta) no tendrán con frecuencia ninguna relación con el daño causado a quienes forman parte de esta amplia categoría de víctimas". Traducción del autor. Véase "Decision on Victim's Applications", dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 95. De esta manera, del amplio conjunto de personas físicas y jurídicas a las que se podría reconocer la condición de víctima en el caso contra Thomas Lubanga Dilo, solo se autorizaría en última instancia a intervenir en las actuaciones relativas a dicho caso a aquellas que tuvieran un vínculo con los elementos de prueba que serán presentados durante el juicio oral o que se pudieran verse afectadas por alguna de las cuestiones que se prevé serán discutidas. "Decision on Victim's Applications", dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 95.

¹⁶⁵ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6", dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 17 de enero de 2006, doc. num. ICC-01/04-101-tEN-Corr, 65; "Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101", dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, doc. num. ICC-02/04-101, § 83 a 88. Véase también, Olásolo: *The Triggering Procedure...*, o. cit., p. 109.

¹⁶⁶ A este respecto, es importante recordar que el proceso de activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte (o actuaciones de apertura de una investigación), así como la fase de investigación de una situación, tienen por objeto situaciones de crisis definidas en abstracto mediante parámetros territoriales, temporales y personales, mientras que las distintas fases de un caso (incluidos su fase preliminar, el juicio oral y la apelación) tienen como único objeto aquellos incidentes específicos recogidos primero en la orden de arresto que da inicio

8.8. Esto supondría que, a los efectos de las actuaciones de investigación en las situaciones de la República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana o Darfur, el reconocimiento de la condición de víctima correspondería a cualquier persona física o jurídica que demostrara *prima facie* haber sufrido un daño derivado de alguno de los delitos sobre los que la CPI tiene jurisdicción material y que hubieran sido presuntamente cometidos dentro de los parámetros territoriales, temporales y personales que definan la situación de que se trate.¹⁶⁷

8.9. Por su parte, en el marco de las actuaciones penales o de reparación relativas a un caso, la condición de víctima solo correspondería a quien demostrara *prima facie* haber sufrido un daño derivado de alguno de los delitos recogidos en los artículos 5 a 8 del ECPI, que se hubieran cometido presuntamente en aquellos incidentes específicos recogidos primero en la orden de arresto que da inicio al caso, y posteriormente en el escrito de acusación y en la decisión de confirmación de cargos.¹⁶⁸

al caso y posteriormente en el escrito de acusación (*charging document*). Por lo tanto, la lógica de la Sala de Cuestiones Preliminares I equivaldría a aceptar la distinción entre *víctimas de la situación y las víctimas del caso*. Véase “Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 17.1.2006, doc. num. ICC-01/04-101-tEN-Corr, § 65 y 66. Véase también “Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Uganda el 10.8.2007, doc. num. ICC-02/04-101, § 9; y Olásulo: *The Triggering Procedure...*, o. cit., p. 109.

¹⁶⁷ Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07”, dictado por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en Darfur el 14.12.2007, § 49. Véase también “Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 17.1.2006, doc. num. ICC-01/04-101-tEN-Corr, § 68; “Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l’enquête en République démocratique du Congo par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, doc. num. ICC-01/04-423”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo el 24.12.2007, § 4 y 5.

¹⁶⁸ Es por esta razón que la Sala de Cuestiones Preliminares I solo ha reconocido como víctimas de la fase preliminar del caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui a quienes han podido demostrar *prima facie* que han sufrido un daño como consecuencia de la comisión de alguno de los delitos recogidos primero en las órdenes de arresto dictadas contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui el 2 y 6 de julio de 2007, y posteriormente en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía el 29 de enero de 2008 —es decir, a quienes han podido mostrar *prima facie* haber sido victimizados durante el ataque conjunto del Front des Nationalistes et Intégrationnistes (FNI) y de la Force de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI) contra el pueblo de Bogoro el 24 de febrero de 2008—. “Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* el 31 de marzo de 2008. La Sala de Cuestiones Preliminares I ya procedió de esta manera al conceder o denegar el estatuto procesal de víctima en la fase preliminar del caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Véase, por ejemplo, la “Décision sur les demandes de participation à la procédure a/0001/06, 1/0002/06 et a/0003/06 dans le cadre de l’affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo et de l’enquête

8.10. La Sala de Apelaciones, en su decisión de 11 de julio de 2008, ha rechazado la posición adoptada por la Sala de Primera Instancia I, y ha subrayado que víctimas de un caso son únicamente aquellas que demuestren *prima facie* haber sufrido un daño derivado de alguno de los delitos que formen específicamente parte del caso de que se trate.¹⁶⁹

8.11. Por su parte, en sus decisiones de 19 de diciembre de 2008¹⁷⁰ y de 2 de febrero de 2009,¹⁷¹ la Sala de Apelaciones ha afirmado que no cabe hablar de un estatuto procesal de víctima en la fase de investigación de una situación, por cuanto esta es una fase preprocesal dirigida por la Fiscalía que tiene lugar antes la apertura de proceso penal propiamente dicho. En consecuencia, al no existir todavía un proceso penal, no es posible atribuir un estatuto procesal a las víctimas.

8.12. Esto no significa, sin embargo, que la Sala de Apelaciones no reconozca el concepto de víctimas de la situación en cuanto reconoce expresamente que las víctimas podrán participar, si sus intereses personales se encuentran afectados, en aquellas actuaciones excepcionales desarrolladas durante la fase de investigación de una situación ante la Sala de Cuestiones Preliminares.¹⁷²

8.13. Un segundo elemento del concepto de víctima que ha generado controversia entre las distintas Salas de la CPI es el relativo a si el *daño indirecto* sufrido por las personas físicas puede incluirse en el concepto de daño previsto en la regla 85 de las RPP.

en République démocratique du Congo”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 28.7.2006, doc. num. ICC-01/04-01/06-228. La Sala de Cuestiones Preliminares I procederá también de la misma manera al analizar las solicitudes para el reconocimiento del estatuto de víctima en la fase preliminar del caso pendiente ante ella en relación con la situación en Darfur (Sudán), es decir, *The Prosecutor v Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*.

¹⁶⁹ “Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008”, dictada por la Sala de Primera Instancia I el 11.7.2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, § 53-65.

¹⁷⁰ Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones el 19.12.2008, ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, § 45-59.

¹⁷¹ “Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones el 2.2.2009, ICC-01/05-177 OA OA2 OA3, § 7.

¹⁷² “Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones el 19.12.2008, ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, § 56-57. Véase también “Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones el 2.2.2009, ICC-01/05-177 OA OA2 OA3, § 7.

8.14. Para la Sala de Primera Instancia I, la regla 85 de las RPP exige únicamente en su apartado *b*, aplicable solo en relación con las personas jurídicas, que el daño sufrido deba derivarse directamente de los delitos que forman parte de la situación o caso objeto de las actuaciones. Por lo tanto, según una interpretación *a contrario* del apartado *a* de dicha disposición, esta no sería aplicable a las personas físicas.¹⁷³ De tal manera, en un caso como aquel contra Thomas Lubanga Dyilo, en el que los delitos imputados son los de alistamiento y reclutamiento de niños menores de quince años en las Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (FPLC), la condición de víctima no parecería limitarse a aquellos niños (o a sus familiares) que fueron alistados o reclutados en violación de la correspondiente norma penal, sino que se extendería también a las personas físicas que aleguen haber sufrido un daño físico o moral a resultas de las acciones de dichos niños en cuanto miembros de las FPLC.¹⁷⁴

8.15. Por su parte, las salas de Cuestiones Preliminares I y II han afirmado que la definición del concepto de víctima prevista en la regla 85 RPP exige que la persona física o jurídica de que se trate haya sufrido un daño derivado directamente de alguno de los delitos que forman parte de la situación o caso objeto de las actuaciones.¹⁷⁵ La única excepción es la relativa a quienes afirmen haber sufrido un daño al intentar asistir a las víctimas directas de tales delitos o al intentar prevenirlos o ponerles fin.¹⁷⁶

8.16. En su decisión de 11 de julio de 2008, la Sala de Apelaciones reafirmó la posición adoptada por la Sala de Primera Instancia I, de manera que, si bien el daño

¹⁷³ Decision on Victim's Applications", dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* el 18.1.2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 91.

¹⁷⁴ Esta situación, además de colocar en la misma posición procesal a grupos de individuos que tienen intereses contrapuestos (por ejemplo, en el caso *Lubanga*, mientras los niños reclutados pertenecen en su gran mayoría al grupo Hema, las personas que han sido dañadas por ellos pertenecen por lo general al grupo antagónico Lendu), genera una gran incertidumbre para la defensa pues no está claro si, al permitir la intervención en las actuaciones de estos últimos, se está también imputando a los acusados los delitos presuntamente cometidos contra ellos por los niños alistados o reclutados (delitos que podrían ser incluso más graves que los imputados por la Fiscalía en el escrito de acusación y posteriormente confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares).

¹⁷⁵ "Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo*", dictada el 28 de julio de 2006 por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, doc. num. ICC-01/04-01/06-228-tEN, p. 8. Véase también "Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101", dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Uganda el 10.8.2007, doc. num. ICC-02/04-101, § 31, 40, 50, 60, 67, 76, 143 y 155.

¹⁷⁶ "Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and the investigation in the Democratic Republic of the Congo*", dictada el 28 de julio de 2006 por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, doc. num. ICC-01/04-01/06-228-tEN, p. 8. Véase también "Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 y a/0001/08", dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* el 31.3.2008.

sufrido debe encontrarse vinculado con los delitos que formen parte del caso de que se trate, dicho daño no tiene por qué derivarse directamente de tales delitos, dado que el requisito del daño directo solo es aplicable para las personas jurídicas conforme al apartado *b* de la regla 85 de las RPP.¹⁷⁷

8.17. Sin embargo, en su última decisión, del 8 de abril de 2009, la Sala de Primera Instancia I realizó una interpretación ciertamente restrictiva de la decisión de la Sala de Apelaciones del 11 de julio de 2008. Conforme a esta, en un caso como el seguido contra Thomas Lubanga Dyilo, la condición de víctima podría ser, en principio, reconocida: a) a aquellos niños menores de quince años que fueron efectivamente alistados, reclutados y/o utilizados para participar activamente en las hostilidades; b) a sus familiares más cercanos, y c) dependiendo de las circunstancias, a quienes fueron heridos al intentar asistir a las víctimas directas de tales delitos, o al intentar prevenirlos o ponerles fin.¹⁷⁸ En consecuencia se puede afirmar que la Sala de Primera Instancia I, en su decisión de 8 de abril de 2009, interpreta de manera tan restrictiva la noción de *víctima indirecta* acogida por la Sala de Apelaciones que, en última instancia, su definición de víctima no difiere significativamente del concepto adoptado por las salas de Cuestiones Preliminares I y II, aunque estas han rechazado la noción de *víctima indirecta*.

8.18. Si bien la jurisprudencia de la Corte IDH ha cumplido un papel importante en la adopción de un concepto amplio de daño en la definición de víctima, no se puede decir lo mismo de su impacto en cuestiones tales como la necesaria vinculación del daño a los delitos que forman parte del caso, o a su extensión al llamado *daño indirecto*. En este sentido es particularmente relevante el hecho de que las decisiones de la Sala de Apelaciones de 11 de julio y 19 de diciembre de 2008 y de 2 de febrero de 2009 no contengan referencia alguna a la jurisprudencia de la Corte IDH ni a las resoluciones de la Com IDH.

8.19. En opinión de los autores esta situación solo es explicable por la combinación de dos factores. En primer lugar, la sistemática exclusión de las personas jurídicas de la definición de víctima adoptada por la Com IDH, cuando el debate sobre la inclusión de las víctimas indirectas en la definición de víctima prevista en la regla 85 RPP ha girado en torno a la distinción entre personas físicas y jurídicas a los efectos del daño considerado relevante. En segundo lugar, el hecho que, debido a la falta de legitimación activa

¹⁷⁷ "Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008", dictada por la Sala de Primera Instancia I el 11 de julio de 2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, § 29-39.

¹⁷⁸ Redacted version of 'Decision on indirect victims', ICC-01/04-01/06-1813", dictada por la Sala de Primera Instancia I el 8 de abril de 2009, § 77 y 78.

de las víctimas en el proceso ante la Corte IDH antes de la reforma del Reglamento de la Corte IDH, en el año 2000, hayan sido las resoluciones de la Com IDH y no las decisiones de la Corte IDH las que hasta el momento se hayan pronunciado sobre la definición de víctima a los efectos de su participación en las actuaciones.

9. El impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las resoluciones de la Com IDH en relación con el acceso y la participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI

9.1. La cuestión relativa al acceso de las víctimas a la CPI se encuentra íntimamente vinculada al tratamiento de sus solicitudes de intervención en las actuaciones. Se trata de una de las cuestiones que han generado mayor controversia en la actividad de la CPI durante sus primeros cinco años de actividad judicial, dada la diversa interpretación que del artículo 68.3 del ECPI, la regla 89 de las RPP y la regulación 86 de las de las Regulations of the Court han realizado las distintas Salas de la CPI.

9.2. El artículo 68.3 del ECPI señala:

[...] la Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos.

9.3. Esta disposición ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Sala de Cuestiones Preliminares I en el sentido de que es necesario primero analizar si los intereses personales de las víctimas se encuentran afectados por una determinada etapa de las actuaciones, tales como la fase de investigación de una situación o la fase preliminar de un caso relativa a la audiencia de confirmación de cargos, a los efectos de determinar si es una *fase conveniente* para que las víctimas presenten sus opiniones y observaciones o, lo que es lo mismo, para que puedan intervenir en sus actuaciones.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation', dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 6.22008 en la situación en Darfur, Doc Num ICC-02/05-121, p. 6.

9.4. Esto significa que para la Sala de Cuestiones Preliminares I el análisis previsto en el artículo 68.3 del ECPI sobre si los intereses personales de las víctimas se encuentran afectados debe ser llevado a cabo en relación con *fases procesales* (en este sentido conviene recordar que la versión inglesa del texto utiliza la expresión *stages of the proceedings*, que es sin duda más amplia que la expresión *fases del juicio* utilizada por la versión española), y no en relación con cada actividad procesal o elemento de prueba que forma parte de una determinada fase procesal.¹⁸⁰ Además, dado que las razones que llevarían a concluir si una determinada fase procesal constituye o no una *fase conveniente* para que las víctimas intervengan no se basarían en las circunstancias particulares de ciertos grupos de solicitantes, sino que serían aplicables de manera genérica a todas las víctimas, la Sala competente de la Corte no necesitaría repetir dicho análisis cada vez que se inicie una nueva investigación o se abra un nuevo caso.¹⁸¹

9.5. Según la Sala de Cuestiones Preliminares I, el artículo 68.3 del ECPI requiere también la concreción de la forma en que las víctimas pueden presentar sus opiniones y observaciones en la fase procesal de que se trate “de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos”.¹⁸² Esto significa que, al determinar dicho conjunto de cargas y expectativas procesales —si bien no es necesario tener en cuenta el grado en que los intereses personales de los solicitantes se ven afectados por las actividades procesales o elementos de prueba que conforman la fase procesal de que se trate—, es necesario que se realice con pleno respeto de los derechos del acusado.¹⁸³

¹⁸⁰ Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 6.2.2008 en la situación en Darfur, Doc Num ICC-02/05-121, p. 6.

¹⁸¹ Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 6.2.2008 en la situación en Darfur, Doc Num ICC-02/05-121, p. 8.

¹⁸² “Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 6.2.2008 en la situación en Darfur, Doc Num ICC-02/05-121, p. 9.

¹⁸³ Véase “Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 6.2.2008 en la situación en Darfur, doc. num. ICC-02/05-121, p. 9; “Decision on Request for leave to appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 23.1.2008 en la situación en Darfur, doc. num. ICC-02/05-118, p. 5; and “Decision on Request for leave to appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 23.1.2008 en la situación en la República Democrática del Congo, doc. num. ICC-01/04-438, p. 5.

9.6. Además, para la Sala de Cuestiones Preliminares I, una vez que la sala competente ejercita su discreción para definir las expectativas y cargas procesales que dan contenido al estatuto procesal de víctima en una fase procesal determinada, estas corresponderían también a todas aquellas personas físicas o jurídicas a las que, o bien se les haya reconocido con anterioridad el estatuto procesal de víctima en la situación o caso de que se trate, o bien se les va a reconocer en un futuro.¹⁸⁴

9.7. La Sala de Primera Instancia I ha acogido un modelo de análisis de los intereses personales de los solicitantes conforme al artículo 68.3 del ECPI muy distinto del adoptado por la Sala de Cuestiones Preliminares I.

9.8. En este sentido, la Sala de Primera Instancia I reconoce la existencia de una serie de *intereses generales de las víctimas*, tales como el interés en recibir reparaciones, el interés en que se les permita presentar sus observaciones y preocupaciones, el interés en que se comprueben ciertos hechos y se esclarezca la verdad, el interés en que se proteja su dignidad durante el juicio oral, el interés en que se garantice su seguridad o el interés en que se las reconozca como víctimas del caso.¹⁸⁵

9.9. Sin embargo, la propia Sala de Primera Instancia I considera que el análisis de los intereses personales a que se refiere el artículo 68.3 del ECPI no se puede limitar a analizar si estos *intereses generales de las víctimas* se ven afectados por la fase procesal de que se trate, sino que exige un análisis individualizado de los intereses personales concretos de cada una de las personas físicas o jurídicas que solicitan intervenir en las actuaciones.¹⁸⁶

9.10. En consecuencia, según la Sala de Primera Instancia, el derecho a participar en determinada actividad procesal, o en relación con un elemento de prueba específico, solo se adquiere tras un análisis individualizado de si los intereses personales del solicitante se encuentran específicamente vinculados con la actividad procesal o elemento de prueba de que se trate.¹⁸⁷

9.11. La jurisprudencia de la Sala de Apelaciones no ha terminado de resolver las diferencias entre los modelos planteados por la Sala de Cuestiones Preliminares I y la la Sala de Primera Instancia. En este sentido, es importante subrayar que la Sala de Apelaciones, en sus últimas decisiones de 19 de diciembre de 2009 y de 2 de febrero de 2009, parece superar la indeterminación mostrada en su decisión de 13 de junio de

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ Decision on Victim's Applications", dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo el 18 de enero de 2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 97.

¹⁸⁶ *Ibidem.*

¹⁸⁷ Decision on Victim's Applications", dictada por la Sala de Primera Instancia en el caso The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo el 18 de enero de 2008, doc. num. ICC-01/04-01/06-1119, § 96-104.

2007,¹⁸⁸ al afirmar que en las actuaciones específicamente desarrolladas ante la Sala de Cuestiones Preliminares en la fase de investigación de una situación solo podrán intervenir las víctimas que demuestren que sus intereses personales se encuentran afectados por la actividad procesal de que se trate.¹⁸⁹ Con ello, la Sala de Apelaciones tiende a aproximarse al modelo casuístico adoptado por la Sala de Primera Instancia I, en detrimento del modelo sistemático adoptado por la Sala de Cuestiones Preliminares I.

9.12. Sin embargo, no parece que esta aproximación sea necesariamente definitiva, por cuanto la concepción de la Sala de Apelaciones de la fase de investigación de una situación es la de una fase preprocesal dirigida por la Fiscalía en la que no existen actuaciones judiciales propiamente dichas, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que intervenga la Sala de Cuestiones Preliminares. Desde esta concepción, se podría entender que cada una de las actuaciones realizadas ante la Sala de Cuestiones Preliminares gozaría de autonomía propia, de manera que la cuestión de la afectación de los intereses personales de la víctima se analizaría desde la perspectiva del conjunto del trámite procedimental que sería necesario para evacuarla. Esta interpretación de las decisiones de la Sala de Apelaciones de 19 de diciembre de 2008 y de 2 de febrero de 2009 parecería estar en consonancia con aquella otra interpretación de la decisión de la Sala de Apelaciones de 13 de junio de 2007, que justifica el análisis de la afectación

¹⁸⁸ Así, la decisión de la Sala de Apelaciones de 13 de junio de 2007 puede ser entendida en sus parágrafos 26-29 como favorecedora del modelo adoptado por la Sala de Cuestiones Preliminares I, siempre y cuando se considere que en ella la Sala de Apelaciones —en lugar de requerir que los solicitantes demuestren cómo sus intereses personales se encuentran afectados por cada una de las actuaciones procesales o elementos de prueba que forman parte de una apelación interlocutoria y en relación con los cuales desean intervenir— analiza si los intereses personales de los solicitantes se ven afectados por la apelación interlocutoria en su conjunto en cuanto procedimiento autónomo que tiene lugar ante la propia Sala de Apelaciones. Ahora bien, también es cierto que la decisión de 13 de junio de 2007 de la Sala de Apelaciones se puede interpretar como apoyo implícito al modelo adoptado por la mayoría de la Sala de Primera Instancia, si se entiende que las apelaciones interlocutorias tienen normalmente por objeto una cuestión, actividad procesal o elemento de prueba específico y que, por lo tanto, al requerir que los solicitantes demuestren que sus intereses personales se ven afectados por la cuestión, actividad o elemento de prueba objeto de la apelación interlocutoria de que se trate, se está acogiendo un modelo por actividad procesal concreta o elemento de prueba específico (en lugar de por etapa procesal). Véase “Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the ‘Directions and Decision of the Appeals Chamber’ of 2 February 2007”; dictada por la Sala de Apelaciones en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, doc. num. ICC-01/04-01/06-925, véanse en particular § 26-29.

¹⁸⁹ “Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones el 19 de diciembre de 2008, ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, paras. 56-57. Véase también “Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones el 2 de febrero de 2009, ICC-01/05-177 OA OA2 OA3, § 7.

de los intereses personales de las víctimas a la hora de determinar si pueden participar en una apelación interlocutoria, en el aparente carácter autónomo que, según la Sala de Apelaciones, posee el procedimiento a través de la cual dicha apelación interlocutoria se tramita.¹⁹⁰

9.13. La jurisprudencia de la Corte IDH ha desempeñado un papel particularmente relevante en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre si ciertas fases procesales constituyen *fases convenientes* para que las víctimas puedan participar en las actuaciones.

9.14. Merece a este respecto particular atención la decisión dictada el 13 de mayo de 2008 por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *Katanga y Ngudjolo*,¹⁹¹ en la que se examina la cuestión de si, como requiere el artículo 68.3 del ECPI, los intereses de las víctimas se ven afectados por las actuaciones desarrolladas durante la fase preliminar del caso relativa a la audiencia de confirmación de los cargos.

9.15. En esta decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares I se refiere reiteradamente a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia —tal como ha sido desarrollada en particular en los casos *Velásquez-Rodríguez contra Honduras*,¹⁹² *Bámaca-Velásquez contra Guatemala*,¹⁹³ *Barrios Altos contra Perú*,¹⁹⁴ *Comunidad Moiwana contra Surinam*,¹⁹⁵ *Masacre de Mapiripán contra Colombia*,¹⁹⁶ *Almonacid Arellano et al. contra Chile*,¹⁹⁷ *Vargas-Areco contra Paraguay*¹⁹⁸ y *La Cantuta contra Perú*¹⁹⁹— para rechazar las alegaciones de la Fiscalía de que las víctimas no tienen interés alguno en la determinación de la culpabilidad o inocencia de las personas imputadas ante la CPI.

¹⁹⁰ “Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the ‘Directions and Decision of the Appeals Chamber’ of 2 February 2007”, dictada por la Sala de Apelaciones en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, doc. num. ICC-01/04-01/06-925, véanse en particular § 26-29.

¹⁹¹ “Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 13 de mayo de 2008, ICC-01/04-01/07-474.

¹⁹² Véase el caso *Velásquez-Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, serie C, n.º 7, § 162-166 y 174.

¹⁹³ Véase el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, n.º 70, § 201.

¹⁹⁴ Véase el caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 48.

¹⁹⁵ Véase el caso *Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 204.

¹⁹⁶ Véase el caso *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, para 297.

¹⁹⁷ Véase el caso *Almonacid Arellano et al. contra Chile*, sentencia del 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 148 ss.

¹⁹⁸ Véase el caso *Vargas-Areco contra Paraguay*, sentencia del 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 155, § 153 ss.

¹⁹⁹ Véase el caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 222.

9.16. Según la Sala de Cuestiones Preliminares I, dicha determinación afecta directamente los intereses personales de las víctimas por cuanto se encuentra íntimamente vinculada a la satisfacción de sus derechos a la verdad²⁰⁰ y a la justicia²⁰¹ —que, por otra parte, deben ser distinguidos del derecho a la reparación—. ²⁰² Para la Sala de Cuestiones Preliminares I, el interés central de la víctima en el esclarecimiento de la verdad solo se satisface si: a) quienes son responsables por los delitos sufridos son declarados culpables, y b) quienes no son responsables por ellos son absueltos, de manera que la búsqueda de quienes son penalmente responsables pueda continuar.²⁰³

9.17. La Sala de Cuestiones Preliminares I señala también que, más allá de la determinación de lo que ocurrió y de la identificación de los presuntos responsables, el derecho de las víctimas a la justicia se extiende a su vez a la persecución y el castigo de los autores de los delitos, de manera que se evite su impunidad.²⁰⁴

9.18. En consecuencia, dejando a un lado la cuestión relativa a si los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y a la justicia podrían ser, en ocasiones, satisfechos a través de mecanismos alternativos al proceso penal, la Sala de Cuestiones Preliminares I señala que, cuando estos derechos se pretenden satisfacer a través del proceso penal, las víctimas tienen un interés central en que este conduzca a la identificación, el enjuiciamiento y el castigo de los autores de los delitos.²⁰⁵

9.19. Finalmente, en esta misma decisión del 13 de mayo de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares I, refiriéndose de nuevo a la jurisprudencia arriba mencionada de la Corte IDH, así como a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reitera el deber de los estados, previsto también en el Estatuto de Roma, de ejercitar su jurisdicción penal sobre los presuntos responsables de delitos internacionales.²⁰⁶

²⁰⁰ “Decision on the Set of Procedural Rights Attached to the Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of a Case”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Katanga el 13 de mayo de 2008, ICC-01/04-01/07-474, § 32-35.

²⁰¹ *Ibidem*, § 37-42.

²⁰² *Ibidem*, § 40.

²⁰³ *Ibidem*, § 36.

²⁰⁴ *Ibidem*, § 39.

²⁰⁵ *Ibidem*, § 42.

²⁰⁶ “Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo*”, dictada el 28 de julio de 2006 por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, doc. num. ICC-01/04-01/06-228-tEN, p. 8. Véase también “Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Uganda el 10.8.2007, doc. num. ICC-02/04-101, § 31, 40, 50, 60, 67, 76, 143 y 155.

9.20. El impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las resoluciones de la Com IDH en la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima, así como en relación con los principios informadores de la reparación, ha sido mucho menor hasta el momento.

9.21. Esta situación se explica en gran medida por las particularidades del procedimiento en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, que, como veíamos en la sección anterior, restringe a la Com IDH la legitimación activa para presentar una demanda ante la Corte IDH, y así mantiene una estructura muy similar a la que existía en el procedimiento ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH antes de la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998, del Protocolo 11, que atribuye a las víctimas la legitimación activa para presentar directamente una demanda ante el TEDH. Además, hasta la modificación del Reglamento de la Corte IDH del año 2000 la víctima solo podía intervenir ante la Corte IDH por medio de sus abogados, quienes actuaban como asesores ad hoc de la Com IDH,²⁰⁷ con lo que la participación directa de la víctima se limitaba realmente a la etapa contenciosa de la reparación.

9.22. Por otro lado, si bien el sistema interamericano ofrece una mayor apertura en términos de acceso y participación de las víctimas en las actuaciones ante la Com IDH, tampoco sus resoluciones han tenido hasta el momento impacto alguno en la jurisprudencia de la CPI en esta materia. Esto se puede explicar en parte por el hecho de limitarse a una fase preliminar de un procedimiento que no dirime responsabilidad penal individual, sino que se dirige a determinar la presunta responsabilidad de un estado por la violación de las obligaciones contraídas conforme a la CADH. Asimismo, no debe olvidarse que la Com IDH, a diferencia de la CPI, cumple un importante papel de mediación entre las víctimas y el estado afectado.

9.23. Finalmente, la amplia jurisprudencia de la Corte IDH en materia de reparaciones tampoco ha tenido hasta el momento un reflejo significativo en la jurisprudencia de la CPI, dado que todavía no ha concluido el primer juicio oral ante ella. A falta de condena del imputado, la CPI no ha podido aún pronunciarse sobre el contenido del derecho de las víctimas a la reparación recogido en el artículo 75 del ECPI.

9.24. En este sentido, será interesante observar cómo, en caso de que se pronuncie sentencia condenatoria contra Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Primera Instancia I interpreta el derecho de las víctimas a la reparación en vista de que la jurisprudencia

²⁰⁷ Véase Méndez: "La participación...", o. cit., p. 324. Esta situación era denunciada en el voto disidente de Piza Escalante en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, que lo interpretó como una situación violatoria del derecho de acceso a la justicia. Véase César Landa (comp.): o. cit., p. 61.

de la Corte IDH le ha atribuido un contenido significativamente más amplio que la jurisprudencia del TEDH.²⁰⁸

10 ● Conclusión

10.1. Como se vio en las secciones anteriores, a pesar de que el artículo 21.3 del ECPI impone la obligación de interpretar el ECPI, las RPP y los EC de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, el impacto en la CPI de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las resoluciones de la Com IDH en materia de víctimas ha sido hasta el momento notablemente dispar.

10.2. La jurisprudencia de la Corte IDH relativa a los derechos de la víctimas a la verdad y a la justicia ha cumplido un papel muy notable en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre sí, como lo requiere el artículo 68.3 del ECPI, ciertas fases procesales constituyen *fases convenientes* para la participación de las víctimas.

10.3. Sin embargo, el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las resoluciones de la Com IDH en la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima ha sido prácticamente inexistente.

10.4. Al encontrarse todavía en pleno desarrollo el primer juicio oral ante la CPI, esta última no se ha pronunciado todavía sobre los principios informadores del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el artículo 75 del ECPI. Por lo tanto, habrá que ver cuál es el impacto que en la determinación de tales principios tiene la amplia jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia. Entretanto, puede ya adelantarse que la propia doctrina se encuentra dividida en cuanto a cuál debería ser el nivel de dicha influencia, dado que para un sector la jurisprudencia en materia de reparación de las víctimas por las violaciones a los derechos humanos (por ejemplo, cometidas por el terrorismo de Estado o por otros actores con la aquiescencia del Estado, como los grupos paramilitares) se ha convertido incluso en una nueva vía para el logro de los procesos de reconciliación,²⁰⁹ mientras que para otro sector la influencia de las decisiones de la

²⁰⁸ Véanse las notas de las pp. 118 ss.

²⁰⁹ Véase Lean: o. cit., p. 171.

Corte IDH no ha sido positiva y puede verse como una amenaza para el debilitamiento de los principios orientadores del Estado de derecho, especialmente cuando se está inmerso en un proceso de transición.²¹⁰

²¹⁰ Véase Malarino: o. cit., pp. 415 ss., 422.

EL DERECHO A UN JUICIO JUSTO COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL CRIMEN DE GUERRA DE SU PRIVACIÓN Y SU DEFINICIÓN A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Alicia Gil Gil

RESUMEN. Se analiza en este artículo la posibilidad de acudir a la jurisprudencia del TEDH para dotar de contenido el elemento normativo derecho a un juicio justo del crimen de guerra previsto en los artículos 8.2.a.vi y 8.2.c.iv del ECPI. Para determinar el contenido de dicho elemento se parte además de dos premisas: el respeto al principio de legalidad y el principio de intervención mínima, reforzado en el ECPI, que limita la competencia de la CPI a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Se entiende además que en este delito se anticipa la protección penal de bienes jurídicos fundamentales a través de la anteposición de un bien jurídico derecho a un juicio justo cuya lesión supondrá todavía solo un peligro abstracto —hasta el momento de la ejecución de la condena— para los bienes vida o libertad.

ABSTRACT. This article discusses the possibility of turning to the jurisprudence of the European Court of Human Rights to provide content for the normative element of the right of fair trial established in Article 8.2.a.vi and 8.2.c.iv of the Rome Statute (RS). Two premises provide the basis for this: respect for the principle of legality and the principle of minimum intervention, underlined in the RS, which limits the jurisdiction of the ICC to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. It is further understood that in the case of these crimes there is an early protection of the basic human rights – life or liberty – by preceding them with another legally protected-right – the right of fair trial – whose infringement would only create an abstract danger of legal injury, until such time when the sentence is enforced.

En este artículo voy a centrarme en el estudio de elemento normativo *derecho a un juicio justo*, dejando aparte el análisis de otros elementos del delito que por ser comunes a otros crímenes de guerra han sido suficientemente analizados por la doctrina. Para dotar de contenido a este elemento analizaré la posibilidad de acudir a la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos. Soy consciente de que un estudio completo del tema exigiría atender a la interpretación de todos los órganos de este tipo, pero dado que diversos aspectos relativos al derecho a un juicio justo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana son objeto de estudio en otros artículos de este volumen,¹ me limitaré aquí al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²

1 ● Introducción: El crimen de guerra de privación del derecho a un juicio justo

El Estatuto de Roma define el crimen de guerra de privación del derecho a un juicio justo en dos artículos diferentes: el 8.2.a.vi en relación con los conflictos bélicos internacionales³ y el 8.2.c.iv en relación con los conflictos armados internos.⁴ Cada una de estas definiciones viene a su vez después desarrollada en los Elementos de los Crímenes.⁵

¹ Véanse las ponencias de Daniel Pastor, Carlos Caro, Salvador Herencia, Maria Thereza Rocha de Assis Moura y Marcos Zilli, y Ramiro García.

² El artículo 6 del Convenio de Roma es el más invocado ante el TEDH y el que mayor jurisprudencia ha generado (Pastor Ridruejo: "La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: temas escogidos", en *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje a Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid: Trotta, 2002, pp. 521 s.

³ Artículo 8: "Crímenes de guerra: [...] 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por 'crímenes de guerra': a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente [...] vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial".

⁴ Artículo 8.c: "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa [...] iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables".

⁵ Elementos de los Crímenes, artículo 8.2.a.vi: "Crimen de guerra de denegación de un juicio justo. Elementos: "1. Que el autor haya privado a una o más personas de un juicio justo e imparcial al denegarles las garantías judiciales que se definen, en particular, en los Convenios de Ginebra III y IV de 1949.

Como precedentes de este crimen podemos recordar que tras la Segunda Guerra Mundial se castigó como crimen de guerra el proceso realizado con acusaciones o pruebas falsas, la negación del derecho de defensa y la negación del derecho a un intérprete.⁶ En el caso *Justice Trial*,⁷ la sentencia explica que se negó a los acusados el derecho a presentar pruebas, a confrontar a los testigos de cargo, a presentar testigos de descargo; se les negó la asistencia de alguien de su confianza o la asistencia en absoluto; a veces no había acusación y el acusado se enteraba de los cargos minutos antes del juicio; el proceso era secreto en lugar de público, etcétera.⁸

Centrándonos en la definición del Estatuto de Roma, en relación con qué ha de entenderse por un *juicio justo*, los Elementos de los Crímenes, al desarrollar el artículo 8.2.a.vi, se refieren a “la denegación de las garantías judiciales que se definen, en particular, en los Convenios de Ginebra III y IV de 1949”, mientras que en la explicación del artículo 8.2.c.iv se habla de:

Que no haya habido un juicio previo ante un tribunal o que el tribunal no estuviera regularmente constituido, es decir, no ofreciera las garantías esenciales de independencia e

“2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

“3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

“4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

“5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

Artículo 8.2.c.iv: “Crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales. Elementos

“1. Que el autor haya condenado o ejecutado a una o más personas.

“2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

“3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

“4. Que no haya habido un juicio previo ante un tribunal o que el tribunal no estuviera regularmente constituido, es decir, no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional.

“5. Que el autor haya sabido que no había habido un juicio previo o no se habían ofrecido las garantías correspondientes y el hecho de que eran esenciales o indispensables para un juicio imparcial.

“6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

“7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

La nota a pie 59 añade: “[...] con respecto a los elementos 4 y 5, la Corte debe considerar si, atendidas todas las circunstancias del caso, el efecto acumulativo de los factores con respecto a las garantías privó a la persona o a las personas de un juicio imparcial”.

⁶ Werle: *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, 2005, p. 498, con jurisprudencia.

⁷ Sentencia del 4 de diciembre de 1947, *Trials of War Criminals*, t. III, p. 1046 ss.

⁸ Werle: o. cit., p. 498.

imparcialidad o no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional.

El respeto al principio de legalidad, y la afirmación de que el Estatuto de Roma recoge solo derecho internacional consuetudinario ya existente, obliga a poner en relación estas definiciones con los hechos que los propios Convenios de Ginebra consideran *violaciones graves* de estos instrumentos en relación con los crímenes de guerra en conflicto bélico internacional, y con lo dispuesto en el artículo 3 común en relación con los conflictos internos, dado que su infracción también se considera hoy en día un crimen internacional.

El artículo 13.º del III Convenio de Ginebra⁹ y el artículo 147 del IV Convenio¹⁰ consideran infracción grave el hecho de privar a una persona protegida de su “derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio”. El artículo 55.4.c del Protocolo I lo extiende a todas las personas protegidas en los cuatro convenios. El artículo 3.d establece la prohibición de las “condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Al referirse los Elementos de los Crímenes a “la denegación de las garantías judiciales que se definen, *en particular*, en los Convenios de Ginebra III y IV de 1949”, se deja la puerta abierta a que la denegación de otras garantías distintas a las previstas en estos convenios pueda considerarse igualmente privación del derecho a un juicio justo y constitutiva del crimen de guerra.¹¹ La fórmula abierta que se adopta en cambio para la definición del juicio justo en el artículo 3 apoyaría esta idea, pues no tiene sentido que

⁹ Artículo 130.II: “Infracciones graves: Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio”.

¹⁰ Artículo 147.II: “Infracciones graves: Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario”.

¹¹ Así lo sostuvieron la mayoría de las delegaciones en la Conferencia de Roma, citando como ejemplos la presunción de inocencia o las garantías contenidas solo en los protocolos adicionales, véase R. S. Lee (ed.): *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 135 s.

un juicio justo sea definido de manera más amplia y comprensiva de mayores garantías para el crimen de guerra en conflictos internos que para el crimen de guerra en conflictos internacionales, cuando la tónica general es la contraria: mayor protección en los conflictos internacionales. (Ha de advertirse, sin embargo, que la exigencia de condena en el crimen de guerra en conflicto interno limitará notablemente este tipo en relación con el crimen de guerra en conflicto internacional, como se verá.) Esta interpretación amplia del término *juicio justo* llevaría a integrar en él garantías no recogidas expresamente en los Convenios de Ginebra pero sí en otros textos internacionales, como el Protocolo Adicional I o incluso los convenios internacionales de derechos humanos.¹² No obstante, el respeto al principio de legalidad exigiría constatar que la violación de esas otras garantías también se considera un crimen internacional en derecho consuetudinario.

Por precaución en el respeto a este principio, personalmente sugeriría un doble examen para comprobar qué garantías no previstas expresamente en los Convenios de Ginebra pueden sin embargo integrar el elemento típico normativo de *derecho a un juicio justo*. El primer examen consistiría en poder establecer una relación de medio a fin entre esas garantías no previstas y las sí previstas, lo que nos va a permitir salvar la posible crítica de una infracción del principio de legalidad mediante la integración de las garantías sí previstas, algunas de ellas definidas de una manera muy general, con las no previstas expresamente en los Convenios de Ginebra. Con independencia de que más adelante hagamos un análisis detenido respecto de cada una de las garantías, solo a modo de ejemplo para ilustrar esta argumentación, podemos defender que el derecho a la presunción de inocencia, no recogido como tal expresamente en los Convenios de Ginebra —aunque sí en el Protocolo Adicional I—, forma parte del derecho a un tribunal imparcial, sí recogido expresamente en dichos convenios, dado que un tribunal contaminado por una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado ya no es imparcial. Para establecer estas relaciones entre garantías nos va a ser de gran utilidad, como veremos, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos.

El segundo criterio, cuyo examen deberán pasar todas las garantías, las previstas expresamente y las no previstas, es el de si su privación puede llevar a una condena injusta que suponga una privación de un derecho fundamental de importancia equiparable a la de el resto de los bienes jurídicos protegidos por los crímenes competencia de la Corte, y en particular por los crímenes de guerra. Es preciso destacar que no cualquier privación de cualquier derecho o garantía en cualquier tipo de juicio puede constituir un crimen

¹² De esta opinión es Werle: o. cit., p. 497.

internacional. Ya de la propia redacción de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I se deduce que se está pensando en juicios que puedan acabar en una sanción para el acusado, es decir, en juicios de carácter penal —o procesos administrativos que pudieran comportar una privación de libertad—. ¹³ Y el principio de *ultima ratio*, acentuado al extremo en el ámbito del derecho penal internacional, exigiría en mi opinión que la privación del derecho o garantía pudiera conllevar una condena que afectara a la vida o la libertad del acusado.

En ocasiones, como advierte la nota a pie 59 de los Elementos de los Crímenes al artículo el 8.2.a.vi, no será la privación de una garantía la que lleve a un juicio injusto, sino la privación de un conjunto de ellas, y el tribunal tendrá que examinar ese posible efecto caso por caso.

La privación de derechos procesales en otros ámbitos, que no impliquen el peligro de una condena a muerte, o privativa —prisión— o altamente restrictiva de la libertad —por ejemplo, penas de expulsión, extrañamiento, etc.— deberá reconducirse, cuando sea posible, al artículo 8.2.b.xiv (crimen de guerra de denegar derechos o acciones a los nacionales de la parte enemiga), ¹⁴ que, por ser de menor trascendencia el bien jurídico protegido, exige en cambio que la acción afecte a todo un colectivo, mientras que los delitos que nos ocupan se consuman cuando se priva del derecho a una sola persona y no a toda una categoría —con independencia de que se exija luego una ejecución a gran escala o como parte de un plan o política para la competencia de la Corte.¹⁵

¹³ Así en los casos *Wilde, Ooms y Wersyp* —sentencia del TEDH de 18 de junio de 1971—, el TEDH, si bien está analizando la posible infracción del artículo 5.4 del Convenio de Roma (“Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”) y no la del 6, establece que una privación de libertad decretada por un juez de paz infringe tal artículo por no realizarse con todas las garantías comparables a las del procedimiento penal, en particular, la falta de recurso ante un órgano judicial.

¹⁴ Artículo 8.2.b.xiv: “Crimen de guerra de denegar derechos o acciones a los nacionales de la parte enemiga. Elementos:

“1. Que el autor haya abolido, suspendido o declarado inadmisibles ante un tribunal ciertos derechos o acciones.

“2. Que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad hayan estado dirigidas contra los nacionales de una parte enemiga.

“3. Que el autor haya tenido la intención de que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad estuvieran dirigidas contra los nacionales de una parte enemiga.

“4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

“5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

¹⁵ La interpretación de esta exigencia es discutida, por la introducción de las palabras “en particular”. En todo caso esta exigencia no forma parte de la definición del crimen de guerra sino que sería solo una exigencia para la competencia de la Corte.

Quiero subrayar que no estoy exigiendo una lesión a los bienes jurídicos *vida o libertad* para considerar consumado el crimen de guerra en conflicto internacional.¹⁶ Estimo que, a diferencia de la redacción típica del crimen en conflicto interno, el delito previsto en el artículo 8.2.a.vi supone una anticipación de la protección de dichos bienes, solo puestos en peligro, pero no lesionados, con las conductas típicas. No hace falta por ello, en mi opinión, y a diferencia de lo que ocurren con el artículo 8.2.c.iv, que en el caso de conflicto internacional se llegue a una condena.¹⁷ Se trata de una anticipación de la protección penal a través, si se quiere, de la anteposición de un bien jurídico *derecho a un juicio justo*, cuya lesión supondría todavía solo un peligro abstracto —hasta el momento de la ejecución de la condena— para los bienes *vida o libertad*.

De todas las garantías recogidas en los convenios de Ginebra y en otros textos internacionales que sean reconducibles a las previstas en los Convenios, habrá que ver cuáles directamente suponen la privación de un juicio justo en su concepción de bien jurídico antepuesto que adelanta la protección de la vida y la libertad. El mismo filtro deberán pasar las interpretaciones de las garantías realizadas por tribunales de derechos humanos que no ayuden a dotar de contenido el elemento normativo *derecho a un juicio justo*.

Advertido todo esto examinaremos cuáles son y cómo se interpretan esas garantías:

2. El derecho a un juicio justo en el derecho de Ginebra y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

En primer lugar, las garantías judiciales previstas en el III y IV Convenios de Ginebra pueden resumirse de la siguiente forma:

1. prohibición de condena sin proceso legal previo (artículos 84 del III y artículo 71 del IV Convenio);
2. derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial y legítimamente constituido (artículos 84 del III Convenio y 66 y 147 del IV);

¹⁶ La comisión preparatoria dejó claro que no era necesario haber logrado un resultado de castigo o condena como proponían estadounidenses y japoneses; véase Lee: o. cit., p. 136.

¹⁷ Diferente es la interpretación de Werle: o. cit.

3. principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal desfavorable (artículos 99 del III y 65 y 67 del IV);
4. prohibición de presiones para que se declare culpable (artículo 99 del III);
5. celeridad en el proceso (artículos 103 del III, 71 del IV);
6. límites a la prisión preventiva: principio de igualdad de trato con los nacionales o necesidad y límite temporal: 3 meses (artículos 103 del III y 71 del IV);
7. información a la potencia protectora y al acusado de los cargos y la legislación aplicable al menos 3 semanas antes del juicio (artículos 104 del III, 71 del IV);
8. derechos de defensa (artículos 99 y 105 del III, 72 del IV): derecho de asistencia por un camarada, derecho de defensa por un abogado calificado de su elección y, si no elige a un abogado calificado de oficio, derecho a hacer comparecer testigos, u otros medios de prueba, derecho a dos semanas como mínimo para preparar la causa, derecho del abogado a acceder al defendido, a los testigos de descargo;
9. derecho a conocer los autos en un idioma que comprenda (artículo 105 del III);
10. derecho a un intérprete (artículos 105 del III y 72 del IV);
11. derecho a recurrir en igualdad de condiciones que los nacionales y a ser informado de los posibles recursos y los plazos (artículos 106 del III y 73 del IV);
12. notificación de la sentencia en idioma que comprenda (artículo 107 del III);
13. ejecución en igualdad de condiciones, en todo caso humanas e higiénicas (artículos 108 del III y 76 del IV);
14. responsabilidad individual y prohibición de penas colectivas (artículos 87 del II y 33 del IV);
15. *ne bis in ídem* (artículos 86 del III y 117 del IV).

El Protocolo Adicional I, en su artículo 75.3 y 4,¹⁸ resume estas garantías y añade —de manera expresa— alguna otra, como la retroactividad de la ley penal favorable (punto c), la presunción de inocencia (d), el derecho a estar presente durante el juicio

¹⁸ “3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento.

“4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes:

(e), el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (f) y el derecho al pronunciamiento público de la sentencia (i).

El Convenio Europeo de Derechos humanos regula el derecho a un juicio justo en su artículo 6:

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley,¹⁹ que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el

"a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de este, todos los derechos y medios de defensa necesarios;

"b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;

"c) nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición;

"d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

"e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;

"f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable;

"g) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que estos sean interrogados en la mismas condiciones que los testigos de cargo;

"h) nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto al cual se haya dictado ya una sentencia firme, condenatoria o absolutoria;

"i) toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente; y

"j) toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos".

¹⁹ Nótese que el texto europeo, al contrario del americano —véase el informe de Carlos Caro— o de la propia Constitución española (artículo 24.2), no establece la necesidad de que el tribunal sea preestablecido por la ley. Sin embargo, el hecho de que el tribunal se establezca a posteriori puede ser un indicio de falta de imparcialidad, indicio que habrá que corroborar atendiendo al proceso en su conjunto y al resto de garantías. Esta diferencia suscitó en el seno del grupo la interesante discusión —y de difícil solución— sobre qué estándar debería elegirse como internacional en caso de discrepancia en los diversos textos regionales. Respecto del derecho al juez predeterminado por la ley conviene añadir que, con relación al problema de los tribunales ad hoc y su incompatibilidad con el derecho al juez natural, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia afirmó, contestando a la cuestión de previo pronunciamiento planteada por la defensa de Dusko Tadić, que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce como derecho humano únicamente el de ser juzgado por un tribunal establecido por la ley, y que en la elaboración de dicho artículo se renunció expresamente a utilizar el adjetivo *preestablecido*. Véase "Decision on the defence motion on jurisdiction of the Tribunal, 10 de agosto de 1995, Case n. IT-94-1-T", p. 15. A ello añade la Sala de Apelación que la exigencia de que el tribunal haya sido establecido por ley no puede aplicarse al ámbito internacional dado que no existe un órgano internacional con competencias legislativas, por lo que en derecho internacional hay que interpretar esta exigencia en el sentido de que el tribunal ha de haber sido establecido de acuerdo con el *rule of law*, lo que se traduce en que debe ofrecer todas las garantías de equidad, justicia e igualdad de trato, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos reconocidos internacionalmente. Véase "Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of the Tribunal, 2 oct. 1995, Case n. IT-94-1-AR72",

fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

pp. 20 ss. Véase Fernández Liesa: "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del derecho internacional (Decisión de la Sala de Apelación de 2 de octubre de 1995, en el asunto Tadic-competencia)", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 48, n.º 2, 1996, pp. 11 ss.; M. Sassoli: "La premier décision de la Chambre d'appel du Tribunal penal international pour l'ex-Yugoslavie: Tadic (competence)", en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 100, 1996/1, pp. 101 ss.

3. Contenido del derecho a un juicio justo según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su aplicación al crimen de guerra

3.1. A quién protege el derecho a un juicio justo

Lo primero que deja claro el TEDH en su jurisprudencia es que el derecho a un juicio justo en el ámbito penal es un derecho del acusado, y no de otras partes en el proceso.²⁰ Esta interpretación del derecho a un juicio justo en el ámbito penal es coherente con lo que venimos sosteniendo respecto del bien jurídico protegido en el crimen de guerra de privación de ese derecho. Aunque el derecho al juicio justo en general (en procesos penales y civiles), como derecho fundamental, comprenda un derecho genérico a acceder a los tribunales,²¹ no es este el objeto de protección del crimen de guerra, que al limitarse al proceso penal viene a proteger un bien jurídico antepuesto que adelanta la protección penal de bienes fundamentales, como la vida o la libertad, los cuales se verían ilegalmente lesionados por una condena injusta. Por ello la protección que encierra el derecho al juicio justo en el tipo del crimen internacional se limita, igual que el derecho fundamental a un juicio justo en el ámbito penal, a la persona del acusado.²²

3.2. Necesidad de examinar el proceso en su conjunto y no una simple violación aislada del derecho procesal

Este criterio jurisprudencial, que concuerda con lo establecido en la nota a pie 59 de los Elementos de los Crímenes al artículo 8.2.a.vi, es mantenido por el TEDH en su jurisprudencia constante, y funciona en un doble sentido: es posible que una suma

²⁰ Pastor Ridruejo: o. cit., pp. 525 s., citando la decisión de 29 de marzo de 2001 declarándose incompetente en el asunto *Asociación Víctimas del Terrorismo contra España*, en el que la demandante invocaba la violación del artículo 6.1 del Convenio por la puesta en libertad de los miembros a la mesa de Herri Batasuna.

²¹ Véase Martínez-Cardós Ruiz: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: El derecho a la tutela judicial efectiva", en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1987, p. 544.

²² El TEDH puede sin embargo declararse competente también para proteger los derechos de las víctimas y no solo de los acusados si el caso penal presenta una dimensión económica, de reclamación de responsabilidad civil subsidiaria (Pastor Ridruejo: o. cit., p. 526). Pero dado, que el patrimonio no es por lo general, salvo muy contadas y excepcionales circunstancias, considerado bien jurídico protegido por las figuras del derecho penal internacional, este aspecto, al igual que toda la jurisprudencia relativa al derecho a un juicio justo en el ámbito civil, resulta irrelevante para la definición del crimen de guerra.

de irregularidades lleve a considerar que un proceso no ha respondido a las exigencias de un juicio equitativo,²³ y también es posible que, pese a existir alguna irregularidad procesal, se deduzca en cambio que el proceso en su conjunto ha cumplido el derecho a un juicio justo.²⁴

3.3. Tribunal imparcial

El TEDH ha distinguido en el análisis de la imparcialidad del tribunal dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva.²⁵

La imparcialidad subjetiva es la que se predica del juez y que se presume salvo que se pruebe lo contrario.²⁶ En cambio, la imparcialidad objetiva significa que el juez o el tribunal no solo debe ser imparcial sino además parecerlo; es decir, el derecho al juez imparcial en sentido objetivo se ocupa de comprobar que se ofrecen suficientes garantías para excluir toda duda legítima de parcialidad.²⁷ Con base en esta concepción del derecho al tribunal imparcial han prosperado demandas que denunciaban, por ejemplo, que alguno de los jueces del tribunal superior había actuado antes en el mismo caso como miembro de un tribunal inferior,²⁸ o la formación de tribunales militares en la que uno de los miembros era el superior de los otros dos y podía en determinadas circunstancias disolver el tribunal y negarse a ratificar su decisión.²⁹ Por tanto, es posible afirmar que por esta vía, sin necesidad de demostrar la parcialidad efectiva de un juez, se rechazan como contrarias al derecho al juez imparcial conductas que podrían poner en duda, generar sospechas o, en términos penales, suponer un peligro de parcialidad.³⁰

3.4. Tribunal determinado por la ley

La exigencia de un tribunal determinado por la ley no aparece en los Convenios de Ginebra, aunque puede relacionarse tanto con el derecho a un tribunal imparcial

²³ Ejemplo de este tipo de argumentación lo encontramos en la sentencia del 6 de diciembre de 1988, caso *Barberá, Mesegué y Jarabo contra España*.

²⁴ Pastor Ridruejo: o. cit., p. 527.

²⁵ Noreña Salto: "El derecho a un proceso con todas las garantías: art. 6.1 CEDH", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, t. V-2000, pp. 134 s.

²⁶ Pastor Ridruejo (o. cit., p. 529) señala que, pese a las numerosas acusaciones de parcialidad subjetiva que llegan al TEDH, ninguna demanda basada en este motivo ha prosperado.

²⁷ Martínez-Cardós Ruiz: o. cit., p. 547, citando las sentencias del TEDH de 1 de octubre de 1982 (caso *Piersack*) y de 26 de octubre de 1984 (caso *De Cubber*).

²⁸ Sentencia del 28 de octubre de 1998, caso *Castillo Algar contra España*.

²⁹ Sentencias del 24 de septiembre de 1997 (casos *Findley y Coyne*) y del 18 de febrero de 1999 (caso *Hood*).

³⁰ Noreña Salto: o. cit., pp. 136 ss., habla de una imparcialidad estructural y una imparcialidad funcional.

—pues el establecimiento de tribunales ad hoc puede generar dudas sobre su imparcialidad— como con el derecho de igualdad de trato con los nacionales, y con la previsión del artículo 66 del IV Convenio, de que el acusado será sometido a los “tribunales militares, no políticos y *legítimamente constituidos*, a condición de que estos funcionen en el país ocupado”. Para el TEDH el derecho al tribunal establecido por la ley exige no solo que este haya sido establecido por el poder legislativo y no por el ejecutivo, sino también que sigan en funcionamiento unas reglas procesales establecidas por ley y que cumplan con las garantías establecidas en el Convenio.³¹ Sin embargo, opino que para apreciar la comisión de crimen de guerra habrá que argumentar no solo que el tribunal no ha sido establecido por una ley del parlamento, sino además que esta, junto con otras circunstancias, ponen en seria duda su imparcialidad.

3.5. Exigencia de un plazo razonable

Este principio, que puede ser reconducido a la exigencia de celeridad en el proceso recogida en los artículos 103 del III Convenio y 71 del IV, responde a la idea de que el retraso indebido en la administración de justicia es una forma de denegación de justicia.³² Este punto es el que más demandas ha suscitado ante el TEDH. Dado que la *razonabilidad* de la duración de un proceso es un concepto jurídico indeterminado, el TEDH ha ideado una serie de criterios que debe apreciarse en su conjunto para decidir en cada caso si ha habido o no una infracción de este derecho: complejidad del asunto, número de instancias, comportamiento del demandante, comportamiento de las autoridades e importancia de los intereses en juego.³³

No obstante, hay que tener especial cuidado a la hora de analizar cómo una infracción de este derecho afecta al derecho a un juicio justo en una forma suficiente para ser considerado crimen de guerra. Es decir, como venimos explicando, el crimen de guerra no protege el mero derecho de acceso a la justicia o el correcto funcionamiento de la administración de justicia, sino que será preciso examinar en qué medida las dilaciones excesivas pueden afectar a la vida o la libertad del acusado. Al respecto parece evidente que existirá tal afectación cuando las dilaciones indebidas se producen estando preso el

³¹ Véase Martínez-Cardós Ruiz: jk, p. 548

³² Pastor Ridruejo: o. cit., p. 527.

³³ *Ibidem*, p. 528. Sobre este tema véase también Fairén Guillén: “El plazo razonable y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la sentencia n. 2/1992/147/420, asunto Ruiz Mateos c. España)”, en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 1994, pp. 7 ss.

acusado a espera de juicio y prolongan así su privación de libertad. De hecho el artículo 103 del III Convenio hace referencia a la necesaria celeridad en el marco de la posible duración de la prisión preventiva. Cuando el acusado no esté preso es difícil mantener que una dilación indebida del proceso pueda poner en peligro su libertad en un futuro por contribuir al dictado de una sentencia injusta, pero no absolutamente descartable. Cuando el tribunal pueda deducir que en el caso concreto esta junto con otras irregularidades podría llevar a una sentencia injusta privativa de la vida o la libertad habrá de determinar la comisión del crimen de guerra. En otro caso la mera dilación indebida de un proceso, aun siendo una infracción de un derecho fundamental, no constituye crimen internacional.

En relación con la duración de la prisión preventiva,³⁴ el TEDH ha establecido que para afirmar una violación del derecho a un plazo razonable hay que atender a si había razones suficientes para mantener la detención, la complejidad de los hechos y su investigación, la pena severa que correspondería a tales hechos, la posibilidad de huida del acusado o el peligro de supresión de pruebas.³⁵ Sin embargo, hay que señalar que el TEDH distingue y separa el problema de la duración de la prisión provisional del de la duración del proceso, al estar el primer tema regulado de manera independiente en el artículo 5.3.e la Convención Europea de Derechos Humanos, y con frecuencia entiende vulnerado el 5.3 pero no el 6.1. En cambio, en las Convenciones de Ginebra ambos temas se regulan de manera conjunta y relacionada.³⁶ A pesar de ello considero perfectamente defendible que el mantenimiento no justificado de una prisión preventiva pueda

³⁴ Hay que señalar, sin embargo, que el TEDH lleva estos casos a una posible violación del artículo 5.3, en lugar del 6.1. El artículo 5.3 dispone: "Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c. del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento".

³⁵ Véanse las sentencias del TEDH de 27 de junio de 1968, caso *Wemhoff*, o de 10 de noviembre de 1969, caso *Matznetter*, en las que se negó que la duración de la prisión provisional superase el plazo razonable, y la sentencia del 16 de julio de 1971, caso *Ringeisen* o la de 10 de noviembre de 1969, caso *Stögmüller*, en las que se entiende infringido el artículo 5.3 del convenio, todas ellas comentadas por Alonso de Escamilla: "La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 43. f. 1, 1990, pp. 176 s. Resume esta autora que el análisis de lo que es un plazo razonable para el TEDH depende de cada caso en concreto y las circunstancias personales del sujeto, y que resulta fundamental el razonamiento que las autoridades den a la denegación de la concesión de la libertad provisional.

³⁶ Artículo 103 del III Convenio de Ginebra II: "Detención preventiva (imputación, trato):

"Las diligencias judiciales contra un prisionero de guerra se llevarán a cabo tan rápidamente como las circunstancias lo permitan y de modo que el proceso tenga lugar lo antes posible. Ningún prisionero permanecerá en detención preventiva a no ser que la misma medida sea aplicable a los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora por infracciones análogas, o que lo exija el interés de la seguridad nacional. Esta detención preventiva no durará, en ningún caso más de tres meses.

"La duración de la detención preventiva de un prisionero de guerra se deducirá de la duración del castigo privativo de libertad que se le haya impuesto; por lo demás, habrá de tenerse en cuenta cuando se determina dicho castigo.

considerarse un crimen de detención ilegal del artículo 8.2.vii en lugar de un crimen de privación del derecho a un juicio justo. En tal caso las únicas conductas de dilaciones indebidas de un proceso que podrían subsumirse en el crimen del artículo 8.2.a.vi serían precisamente aquellas en que esta, junto con otras circunstancias, supusieran un peligro de llevar a una sentencia injusta.

3.6. Derecho a la presunción de inocencia

El examen de este derecho se realiza, según el TEDH, mediante el análisis de que la valoración de la prueba por las jurisdicciones estatales no ha sido arbitraria o irracional. En concreto —y de esta manera podemos relacionar este derecho no previsto expresamente en los Convenios de Ginebra, aunque sí en el Protocolo Adicional I, con el sí previsto derecho al juez imparcial—, el TEDH, en su sentencia de 6 de diciembre de 1998 (caso *Barberá, Mesegué y Jarabo contra España*), afirmó que la presunción de inocencia exige “que los miembros del tribunal no partan de una idea preconcebida de que el procesado ha cometido el acto incriminado, la carga de la prueba pesa sobre la parte acusatoria y la duda beneficia al acusado”. Además, para el TEDH este derecho incluye también otras de las garantías que ya vimos como expresamente recogidas en los Convenios de Ginebra, pues a lo anterior añade: “[...] incumbe a la parte acusadora indicar al acusado qué acusaciones le dirigirá —a fin de darle la ocasión de preparar y de presentar su defensa de modo consecuente— y de ofrecer pruebas suficientes para fundamentar una declaración de culpabilidad”.³⁷

3.7. Derecho a la defensa

3.7.1. Derecho a ser informado de la acusación en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda

Este derecho es presupuesto de todo proceso real y de la propia vigencia del derecho de defensa.³⁸ Exige, según el TEDH, que la acusación sea concreta y no vaga o genérica,³⁹ se extiende a la calificación jurídica y al material probatorio en que se sustenta e

“Durante su detención preventiva, los prisioneros de guerra seguirán beneficiándose de las disposiciones de los artículos 97 y 98 del presente capítulo”.

Artículo 71 del IV Convenio: “Diligencias penales. I. Generalidades:

“[...] Se informará a todo acusado enjuiciado por la Potencia ocupante sin demora, por escrito y en un idioma que comprenda, acerca de cuantos cargos se hayan formulado contra él; se instruirá la causa lo más rápidamente posible [...]”.

³⁷ Y en el mismo sentido se pronunció en las sentencias de 27 de junio de 1968 (caso *Neumeister*) y de 17 de enero de 1970 (caso *Delcourt*).

³⁸ Narváez Rodríguez: “El derecho de defensa”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, t. V, 2000, pp. 174-175.

³⁹ Sentencia del TEDH de 27 de febrero de 1980, caso *Deweert contra Bélgica*.

incluye derecho a la información puntual de toda mutación sobre la acusación.⁴⁰ Sin embargo, no existe violación de este derecho por el hecho de que finalmente se condene bajo una calificación jurídica distinta a la sostenida por la acusación, siempre que se apoye en los mismos hechos y la calificación jurídica sea homogénea —basada en los mismos elementos esenciales de la calificación acusatoria de los que fue informado el acusado.⁴¹

En cuanto al derecho a la comunicación en una lengua comprensible el tribunal ha sido muy garantista al interpretar *lengua comprensible* como la lengua materna —o al menos la lengua del país en que es residente—, salvo que se pueda demostrar que el acusado conocía suficientemente la lengua en que se le comunicaba como para entender el alcance de las acusaciones.⁴²

3.7.2. *Derecho a asistencia letrada y a preparar la defensa*

La jurisprudencia del TEDH en este ámbito ha llegado a generar un verdadero marco o estatuto de las relaciones abogado-cliente,⁴³ que incluye la posibilidad de consultas previas,⁴⁴ reservadas y confidenciales.⁴⁵ También incluye este derecho el acceso de la defensa al conjunto de las actuaciones para su examen detenido y detallado,⁴⁶ y el derecho a un plazo razonable para preparar la defensa.⁴⁷

En relación con la libertad de designación de abogado defensor hay que señalar que es una garantía que ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de defensa, basado en la confianza que al acusado le inspire su letrado.⁴⁸ El TEDH ha considerado vulnerado este derecho cuando la ausencia del letrado designado por el acusado —por un error en la notificación— se suple por otro designado de oficio.⁴⁹

En caso de que el acusado no haya designado abogado, entra en juego el derecho a un abogado de oficio. Negar el derecho a un abogado de oficio en alguna de las instancias

⁴⁰ Narváez Rodríguez: o. cit., p. 178.

⁴¹ *Ibidem*, p. 182, citando el caso *Torres contra España*, sentencia del TEDH de 24 de octubre de 1996.

⁴² Sentencia del TEDH del 19 de diciembre de 1989, caso *Bronzicek*.

⁴³ Narváez Rodríguez: o. cit., p. 187

⁴⁴ Sentencias del TEDH del 29 de junio de 1984 (caso *Campbell y Fell contra Gran Bretaña*) y de 30 de septiembre de 1985 (caso *Can contra Austria*).

⁴⁵ Sentencias del TEDH del 29 de junio de 1984 (caso *Campbell y Fell contra Gran Bretaña*) y de 15 de noviembre de 1996 (caso *Domenichini*).

⁴⁶ Narváez Rodríguez: o. cit., p. 189.

⁴⁷ Sentencia del TEDH del 16 de diciembre de 1992, caso *Hadjianastassiou contra Grecia*.

⁴⁸ Narváez Rodríguez: o. cit., p. 199.

⁴⁹ Sentencia del TEDH del 9 de abril de 1984, caso *Goddi contra Italia*.

del proceso supone una vulneración del artículo 6.3.c,⁵⁰ pero además en este terreno la jurisprudencia del TEDH se ha centrado en garantizar que la defensa de oficio haya sido práctica y efectiva a los fines de garantizar el derecho de defensa del imputado.⁵¹ Es decir, no bastaría una mera designación de abogado, sino que habría que comprobar que efectivamente este actuó y prestó una asistencia efectiva.⁵² Una asistencia nominal pero inefectiva violaría el artículo 6 e integraría el elemento normativo del tipo del crimen de guerra.

3.7.3. Principio de igualdad de armas⁵³

Para el TEDH toda persona parte en un procedimiento judicial debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso en unas condiciones que no la coloquen en situación de desventaja sustancial respecto de su adversario (principio de igualdad de armas), lo que supone la oportunidad de conocer y debatir todas las pruebas aducidas y observaciones presentadas.⁵⁴ En el ámbito penal este derecho a la defensa se concreta en algunas garantías específicamente recogidas en el Convenio de Roma y en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.

Este derecho a la defensa o principio de igualdad de armas supone según el TEDH:⁵⁵

a. Que la parte tenga acceso, en persona, al tribunal, de manera que pueda contradecir el testimonio de la parte contraria personalmente y alegar sobre los hechos del litigio, lo que concuerda con la previsión del artículo 75.4.e del Protocolo Adicional I, y es reconducible también a la obligación de garantizar la posibilidad de defenderse establecida en el artículo 99 del III Convenio. De esta manera, si se niega al acusado la presencia ante el tribunal y ello elimina o limita su derecho de defensa de manera que el hecho por sí solo o en conjunción con otras infracciones de las garantías procesales pudiera dar lugar a una sentencia injusta, tal conducta sería constitutiva del crimen de guerra del artículo 8.2.a.vi.

⁵⁰ Sentencia del TEDH del 25 de septiembre de 1992, caso *Pahm Hoang contra Francia*.

⁵¹ Narváez Rodríguez: o. cit., p. 203.

⁵² Sentencias del TEDH del 13 de mayo de 1980, caso *Artico contra Italia*, y de 21 de abril de 1998, caso *Daud contra Portugal*.

⁵³ En opinión de Miranda Estrampes ("La prueba de testigos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, t. V, 2000, p. 361), dos son los principios procesales que según el TEDH deben presidir la actividad probatoria: el de igualdad de armas y el de contradicción.

⁵⁴ Pastor Ridruejo: o. cit., p. 531.

⁵⁵ Véase Martínez-Cardós Ruiz: o. cit., p. 546.

b. Que cada parte pueda utilizar como medios de prueba testigos y peritos.⁵⁶ Este derecho, recogido en los artículos 105 del III Convenio y 72 del IV, es interpretado por el TEDH en el sentido de que no supone un derecho singularizado a una concreta o individual prueba testifical o pericial.⁵⁷ Para que la denegación de la presentación de determinada prueba pudiera considerarse crimen de guerra, debería tratarse de una denegación arbitraria de una prueba de la inocencia del acusado. Y en este sentido la inadmisión de una prueba de descargo carente de motivación o con una motivación arbitraria sí infringiría el derecho a presentar pruebas y podría ser constitutiva del crimen de guerra.⁵⁸ En cambio, la denegación de una prueba fundamentada correctamente en su irrelevancia para el asunto o en que no va encaminada a probar la inocencia del acusado no solo no constituye delito, sino que ni siquiera supone una infracción del derecho a un juicio justo.⁵⁹ El TEDH reconoce además que la apreciación de la fuerza probatoria de las pruebas practicadas corresponde en exclusiva al tribunal ante el que se practica. El derecho a un juicio justo significa que tanto la acusación como la defensa deben tener las mismas oportunidades para proponer pruebas, para manifestar su opinión sobre sus pruebas e informar sobre la credibilidad de las propuestas por la otra parte.⁶⁰

Ello implica, según el TEDH, que también la ocultación de pruebas de descargo supone una vulneración del derecho a un juicio justo, pues tal práctica iría en contra del principio de equidad o igualdad de armas.⁶¹

En relación con la prueba testifical, el derecho a un juicio justo exige que esta se sujete también a los principios de igualdad de armas y contradicción, evitando que el perito de una parte ocupe una posición privilegiada o predominante.⁶²

c. El derecho a un juicio justo y en particular el derecho a la defensa incluye, según el TEDH, la exigencia de que el tribunal se pronuncie adecuadamente sobre la

⁵⁶ El TEDH interpreta el término *testigos* en un sentido amplio, que incluye a los peritos. Véase Miranda Estampres: o. cit., pp. 356 y 370 s.

⁵⁷ Decisión de la Comisión en el procedimiento 5362/72, de 1973. Sobre este tema véase con mayor detalle Miranda Estampres: o. cit., pp. 365 ss.

⁵⁸ Véase la sentencia del TEDH de 22 de abril de 1992, caso *Vidal contra Bélgica*.

⁵⁹ Véase el Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Bricmon contra Bélgica*, de 15 de octubre de 1987

⁶⁰ Miranda Estampres: o. cit., p. 364 ss.

⁶¹ Sentencia del TEDH de 16 de diciembre de 1992, caso *Edwards contra Reino Unido*. A pesar de ello el Tribunal no consideró que en este caso hubiera violación del artículo 6 debido a que en la apelación se dio a la defensa la información que se había ocultado antes, por lo que el TEDH consideró que el proceso en su conjunto no violó el derecho a un proceso equitativo del artículo 6.1. Sobre este caso véase con mayor detalle y postura crítica Miranda Estampres: o. cit., p. 369 s.

⁶² Miranda Estampres: o. cit., pp. 370-371, citando la sentencia del TEDH de 6 de mayo de 1985, caso *Bönish contra Austria*, § 31-32.

prueba presentada, es decir, incluye el derecho a una decisión judicial motivada.⁶³ Sin duda, todas las previsiones relativas al derecho a la defensa, la presentación de pruebas e incluso el derecho a recurrir carecerían de sentido si no añadiéramos al derecho a la defensa este contenido.

3.8. Derecho al recurso o a la doble instancia

Según el TEDH, este derecho previsto en los Convenios de Ginebra implica que las resoluciones adoptadas por los tribunales puedan ser revisadas por otros superiores en virtud de recursos ordinarios.⁶⁴

3.9. Derecho a la publicidad del proceso y de la sentencia

Este derecho tiene una doble perspectiva: la interna, que no es sino la manifestación del propio derecho de audiencia y contradicción de las partes,⁶⁵ que forma parte del derecho de defensa y avisto, y otra de publicidad externa, que significa que el público y los medios de comunicación tengan conocimiento del proceso. Las sentencias siempre deben de ser públicas, mientras que alguna fase del proceso puede no serlo por determinados motivos. Esta publicidad externa cumple determinados fines, como la correcta información pública y con ello la confianza en los tribunales.⁶⁶ La ausencia de publicidad externa debe estar justificada, de manera que esa falta de justificación puede comportar una vulneración del artículo 6⁶⁷ y, junto con la infracción de otras garantías, podría ser

⁶³ Decisión de la Comisión en el procedimiento 5460/72, Anuario XVI, de 1973. El derecho a un juicio justo no incluye en cambio, por ejemplo, dar preferencia a las declaraciones realizadas en el juicio oral sobre las realizadas en la fase sumarial. Sentencia del TEDH 26 marzo 1996, caso *Doorson contra Países Bajos*.

⁶⁴ Sentencia del TEDH de 14 de noviembre de 1979, caso *Francesconi*.

⁶⁵ Noreña Salto: "El derecho a un proceso con todas las garantías: art. 6.1 CEDH", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, t. V., 2000, p. 126.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 128.

⁶⁷ Sentencia del TEDH de 10 de febrero de 1983, caso *Albert y Le Compte contra Bélgica*.

⁶⁸ El artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone: "Derogación en caso de estado de urgencia:

"1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

"2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (§ 1.) y 7.

"3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado.

constitutiva del crimen de guerra cuando en conjunto se sospeche de la equidad del proceso.

4 • Conclusiones

El crimen de guerra de privación del derecho a un juicio justo supone la denegación de las garantías judiciales que se definen, en particular, en los Convenios de Ginebra III y IV de 1949, o de garantías judiciales establecidas en otros textos internacionales que supongan una especificación de las previstas en los Convenios de Ginebra, de manera que presenten una relación de medio a fin con ellas, y cuya privación genere el peligro de conllevar una condena injusta que afecte los bienes jurídicos *vida o libertad* del acusado en el crimen en conflicto internacional, o que haya llevado a dicha condena en el crimen en conflicto interno.

La necesidad de examinar el proceso en su conjunto —no basta una simple violación aislada del derecho procesal—, criterio jurisprudencial mantenido por el TEDH en su jurisprudencia constante y que concuerda con lo establecido en la nota a pie 59 de los Elementos de los Crímenes al artículo 8.2.a.vi, y la necesidad de constatar no solo la violación de las garantías procesales, sino además el peligro de condena injusta que afecte a la vida o la libertad del acusado en el crimen en conflicto internacional o la lesión de la vida o libertad a causa de una condena injusta en el crimen en conflicto interno, conllevan que la definición aquí dada de este delito no permita elaborar una lista a priori de

“Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

Y en el mismo sentido el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Observación general sobre su aplicación:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

“2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (§ 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

“3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión”.

Ambos preceptos impedirían la sentencia a muerte dictada por un tribunal no competente o en un procedimiento contrario al derecho internacional, pues forma parte del inderogable derecho a la vida.

las garantías que podrían ser derogadas en situaciones de urgencia o especiales⁶⁸ frente a las que no.⁶⁹ Lo que sí queda claro es que estos delitos ponen límites —aparte de los ya incluidos en las propias disposiciones, que permiten la derogación excepcional— a la posibilidad de derogar garantías en tiempo de guerra o en situación de urgencia.⁷⁰

Podrán ser derogadas todas aquellas garantías cuya derogación en su conjunto no cree, en el caso y la situación concretos y a la vista de todo el proceso, un peligro de condena injusta a muerte o privación de libertad del acusado, y no podrán ser derogados aquellas garantías o aquel conjunto de garantías cuya ausencia supusiera tal peligro a la vista del proceso en su conjunto. Pues, como recuerda el TEDH, la necesidad de examinar el proceso en su conjunto funciona en un doble sentido: es posible que una suma de irregularidades lleve a considerar que un proceso no ha respondido a las exigencias de un juicio equitativo, y también es posible que, pese a existir alguna irregularidad procesal, se deduzca en cambio que el proceso en su conjunto ha cumplido el derecho a un juicio justo, bien porque aquella no influyó en la condena final, porque fue subsanada por un tribunal superior, etcétera.

Así, por ejemplo, la dilación del proceso debida a las especiales circunstancias que afectan al país no supone de por sí un peligro de sentencia injusta que afecte a la vida o la libertad. En cambio, la celebración de procesos ante tribunales de excepción, sin derechos de defensa, de recurso, etc., sí puede generar dicho peligro, y no estaría justificada cuando a falta de medios adecuados se puede simplemente posponer las condenas hasta que cese la situación que impide celebrar procesos con garantías.

Toda derogación de garantías judiciales que cree el peligro de una condena injusta a muerte o a privación de libertad será típica, aunque en ocasiones puede estar amparada por una causa de justificación. Al respecto hay que señalar que los requisitos previstos en

⁶⁹ Agradezco a Hector Olásolo que introdujera esta pregunta en el debate de esta ponencia.

⁷⁰ Adviértase que el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite la derogación en circunstancias excepcionales “a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”, y el artículo 4 del PIDCP lo condiciona a “que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

⁷¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 31.1: “Circunstancias eximentes de responsabilidad penal: [...]”

“d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

“i) Haber sido hecha por otras personas; o

“ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control”.

los textos de derechos humanos para la derogación de las garantías no suponen sin más una justificación del tipo penal de privación del derecho a un juicio justo, dado que la regulación del estado de necesidad justificante en derecho penal internacional es mucho más exigente.⁷¹ Es decir, la situación de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación puede justificar una privación de garantías que constituya mero ilícito internacional del Estado —y nunca cuando conlleve una condena injusta a muerte, al ser la vida un derecho inderogable—, pero cuando tal privación de garantías no constituye un mero ilícito del Estado, sino que ha alcanzado las dimensiones de crimen de guerra, solo la concurrencia de una causa de justificación —tal como estas se regulan en el Estatuto de Roma— puede justificar el hecho.

EL USO TRANSNACIONAL DE PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE TORTURA*

Kai Ambos

RESUMEN. El artículo examina el uso *transnacional* de prueba obtenida por medio de tortura, es decir, el uso de prueba obtenida por medio de tortura por parte de estados o partes en juicios criminales nacionales. Comienza, en un nivel teórico, desde la doctrina de Beling de la *prueba prohibida* (*Beweisverbote*) (sección 1). Primero, el uso *supranacional* de prueba obtenida mediante tortura, es decir, el uso frente a tribunales penales internacionales (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda y Corte Penal Internacional), es analizado en cuanto a su posible influencia en las prácticas nacionales (sección 2). Se concluye que tal prueba es siempre inadmisibles ya que no es confiable y, más importante, porque su uso es antitético y perjudicial a la integridad de los procedimientos (sección 2.3). Segundo, la misma conclusión debe ser extraída para el uso transnacional de prueba obtenida mediante tortura (sección 3). La exclusión de tal prueba se sigue de la ley internacional, en particular del artículo 15 de la Convención contra la Tortura de la ONU (sección 3.1) y de las leyes internas de Alemania e Inglaterra y Gales como dos jurisdicciones representativas del proceso penal inquisitorial y adversarial (sección 3.2). Tercero, la carga de la prueba en cuanto a que tal

* Traducción del original inglés ("The transnational use of torture evidence", publicado en *Israel Law Review* n.º 42 [2009], pp. 362-397) del Prof. Dr. Ezequiel Malarino, Buenos Aires. Para facilitar la comprensión del texto a los lectores hispanohablantes, también se han traducido las citas de doctrina y jurisprudencia del inglés y del alemán. La versión española del artículo fue publicada por primera vez en Kai Ambos: *Terrorismo, tortura y derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier, 2009. Agradezco a mi asistente Dra. Maria Laura Böhm y a mi colaborador estudiantil Szymon Swiderski por su ayuda. También a los Profs. Paul Roberts (Nottingham) y Dr. Richard Vogler (Sussex) por sus comentarios críticos y constructivos, e igualmente al revisor anónimo del *Israel Law Journal* por sus críticas observaciones.

material probatorio no fue obtenido mediante tortura recae en el Estado y el criterio es que se trate de un riesgo real y serio (sección 4).

ABSTRACT. This article examines the use of *transnational* evidence obtained by means of torture, that is, the use of evidence obtained by means of torture by states or parties in domestic criminal trials. It begins with Beling's doctrine of *inadmissible evidence* (*Beweisverbote*) (section 1). Firstly, the author analyses the *supranational* use of evidence obtained by torture; that is, its use in international criminal tribunals (the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Court) with regard to its possible influence on domestic practices (section 2). He concludes that this type of evidence is always inadmissible because it is not reliable, and, above all, because its use is antithetical to and damages the integrity of the proceedings (2.3). Secondly, the same conclusion applies to the transnational use of evidence obtained by torture (section 3). The exclusion of this evidence is according to international law, in particular Article 15 of the UN Convention Against Torture (3.1) and the national law of Germany and England and Wales, taken as two jurisdictions that represent the *inquisitorial* and *adversarial* criminal procedures. Thirdly, the State has the burden of proving that this evidence was not obtained by torture and the standard is that the risk must be real and serious.

Desde la perspectiva del derecho penal (internacional) la cuestión de la tortura tiene dos aspectos. El primero es material: ¿es ilícito el uso de la tortura en todas las situaciones, incluso en las más extremas en las que es aplicada para salvar vidas de inocentes (llamada *tortura preventiva*), y el torturador debe siempre ser castigado? He intentado encontrar una respuesta diferenciada a esta cuestión en otro lugar.¹ El segundo aspecto es procesal: ¿la prueba obtenida por medio de tortura puede ser utilizada en procesos penales? En países regidos por el reinado del derecho (*rule of law*) y el juicio justo (*fair trial*) la respuesta es simple y clara: *no*, si la tortura fue aplicada por autoridades nacionales y la prueba obtenida con la tortura sería usada en un proceso penal posterior. Para tal situación, que podríamos llamar *uso directo de prueba obtenida por medio de tortura*, las normas de procedimiento nacionales establecen claras prohibiciones.² Estas prohibiciones

¹ "May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?", en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 6(2), 2008, pp. 261-288; en castellano en *Revista Penal* (España), 2009, n.º 24, y en *Terrorismo, tortura y derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier, 2009.

² Véase, por ejemplo, el § 136.a.1 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (Strafprozessordnung, OPP), cuya traducción es la siguiente: "La libertad de resolución y manifestación de la voluntad del imputado no puede ser

nacionales están basadas en el derecho de los derechos humanos, en particular el artículo 15 de la Convención contra la Tortura de la ONU (CT-ONU).³ Una cuestión más compleja, que será analizada en este trabajo, es la de si tales prohibiciones también son aplicables al *uso transnacional de prueba obtenida por tortura*, esto es, a situaciones en que la tortura es aplicada en un país y la prueba obtenida es utilizada en otro.

Es posible distinguir aquí dos situaciones. Primero, el Estado A, que tiene una clara prohibición de utilizar prueba obtenida por tortura, traslada a un sospechoso al Estado B —conocido por sus prácticas de tortura— para obtener tal prueba. Segundo, el Estado A, en una investigación (conjunta) en el Estado B, consigue prueba por medio de tortura y sus investigadores traen la prueba al país para presentarla en un proceso penal. La diferencia entre estos casos es obvia: en el primer caso, la práctica de tortura en el Estado B es usada consciente e intencionalmente para sortear las prohibiciones de tortura del Estado A; en el segundo caso, el Estado A consigue prueba por medio de tortura de manera accidental, sin utilizar intencionalmente las prácticas de tortura del Estado B.

El uso *transnacional* de prueba obtenida por medio de tortura debe ser distinguido del uso *supranacional* de tal prueba, esto es, el uso ante tribunales penales internacionales. Luego de una breve explicación del punto de partida teórico relativo al uso de prueba obtenida ilegalmente, comenzaremos con el análisis de nuestra cuestión a nivel supranacional, dado que puede producir algunas conclusiones importantes respecto del uso transnacional en los tribunales nacionales de prueba obtenida mediante tortura.

afectada a través de malos tratos, cansancio, injerencia corporal, suministro de sustancias, tortura, engaño o hipnosis. Solo puede emplearse coerción si el derecho procesal penal lo permite. La amenaza de efectuar una medida inadmisibles según sus disposiciones y la promesa de una ventaja no prevista legalmente están prohibidas". El apartado 3 expresa: "La prohibición de los apartados 1 y 2 rige independientemente del consentimiento del imputado. Las declaraciones que han sido obtenidas en violación de esta prohibición no pueden ser valoradas, aun cuando el imputado consienta su valoración". Véase también el § 166 de la Ordenanza Procesal Penal austríaca (Strafprozessordnung): "En perjuicio del acusado [...] no está permitido usar su testimonio, así como aquellos de testigos y co-acusados, como prueba, si ellos: 1. Fueron obtenidos bajo tortura (artículo 7 del PIDCP, [...], artículo 3 del CEDH, [...], y artículos 1.1 y 15 de la CT-ONU [...]) [...]". Véase también el artículo 171 § 5 del Código Procesal Penal polaco (Kodeks Postępowania Karnego) según el cual no está permitido "influir la declaración de la persona bajo examen a través de coerción o amenaza ilícita" y el artículo 170 § 1.1, según el cual una solicitud probatoria referida a tal evidencia será denegada. En el procedimiento francés todo acto de investigación puede ser apelado ante la Chambre d'Instruction, la cual puede declararlo nulo y excluir la evidencia así obtenida ("requête en nullité", artículo 170-174 del Code de Procédure Pénale) cf. G. Stefani, G. Levasseur y B. Bouloc: *Procédure pénale*, París, Dalloz, 21.ª ed., 2008, número marginal (nm.) 107, p. 777; F. Pfefferkorn: *Einführung in das französische Strafverfahren*, Hamburgo: Lit, 2006, pp. 176, 178. Sobre la Ley de Policía y Prueba Criminal inglesa (Police and Criminal Evidence Act [PACE]: Police and Criminal Evidence Act) de 1984 véase infra C. II. 2.

³ Para un análisis detallado, véase la sección 3.1; véase también T. Thienel: "The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law", en *European Journal of International Law*, 2006, n.º 17(2), pp. 349-367, p. 356 ss.

1 • El punto de partida teórico

El enfoque positivista y desligado de los principios del Estado de derecho en el uso de prueba obtenida ilegalmente solo fue superado en Alemania, y en los sistemas procesales influidos por el pensamiento alemán, a comienzos del siglo XX, con la teoría de las *prohibiciones probatorias* de Ernst Beling (*Beweisverbote*), publicada en 1903.⁴ La idea fundamental de esta teoría es que la búsqueda de la verdad dentro de la investigación procesal penal tiene limitaciones debidas a los intereses contrapuestos de índole colectiva e individual.⁵ La determinación de estas limitaciones depende principalmente de la posición que el ordenamiento jurídico otorga al *individuo* frente al poder estatal.⁶ En una democracia liberal constitucional, ordenada de acuerdo a los principios del Estado de derecho, esta posición encuentra su expresión más significativa en los derechos fundamentales, especialmente en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, garantizados constitucionalmente o por los tratados de derechos humanos aplicables.⁷

En esta clase de ordenamiento hay áreas que el legislador constitucional ha protegido de la injerencia estatal; por lo tanto, en principio, el esclarecimiento de hechos a

⁴ E. Beling: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*, Breslau: Schletter, 1903 (conferencia inaugural en la Universidad de Tübingen); ya antes: Bennecke y Beling: *Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts*, Breslau: Schletter, 1900, § 83.3, pp. 327 ss. Véase también L. Senge, en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, Múnich: Beck, 6.ª ed., 2008, antes del § 48, nm. 20; M. Jahn: "Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung des Terrorismus", en *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008*, vol. I, Gutachten [estudios] parte C, C 1-128, en C 21.

⁵ Véase también: H. Henkel: *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart et al.: Kohlhammer, 1968, p. 271; H. Otto: "Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, n.º 117, 1970, pp. 289-305, p. 289.

⁶ Véase Otto: o. cit. (nota 5), p. 291, donde se refiere a Beling.

⁷ Véase también: Beling: o. cit. (nota 4), p. 37: "Allseitig einverstanden wird man darüber sein, dass auch der Strafprozess die *Menschenwürde* achten muss, und dass daher ein unlöslicher Konflikt zwischen Menschenwürde und Strafprozessinteresse zu einem Beweisverbot führen muss. [...] Aber auch von der Menschenwürde abgesehen wird die moderne Anschauung – und sicher mit Recht – darauf bestehen, dass jedem seine *Persönlichkeitssphäre* vor Staatszugriff sichergestellt werde, auch im Strafprozess". (Existirá acuerdo en torno a que también el proceso penal debe tener en consideración la dignidad humana, y que consecuentemente de allí surge un conflicto insoluble entre *dignidad humana* e intereses del proceso penal, que conlleva a una prohibición de prueba. [...] Pero, aun dejando de lado la dignidad humana, la opinión moderna seguirá afirmando —y seguramente con razón— que la *esfera de la personalidad* de cualquier individuo debe ser asegurada ante la intervención estatal, también en el proceso penal' [énfasis en el original]). Véase también K. Rogall: "Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1979, n.º 91, pp. 1-44, p. 9; U. Eisenberg: *Beweisrecht der Strafprozessordnung*, Múnich: Beck, 6.ª ed., 2008, parte 1, cap. 3 § 330; H. H. Kühne: *Strafprozessrecht*, Heidelberg: Müller, 7.ª ed., 2007, nm. 880.

través de determinados medios probatorios resulta inadmisibles y prohibido.⁸ Como lo expuso el Tribunal Supremo de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*): “Si bien el fin del tribunal penal es descubrir la verdad, en un Estado constitucional la verdad no puede ser perseguida a cualquier precio”.⁹ Por lo tanto, el acusado es reconocido y respetado como un sujeto activo y no simplemente como el objeto de los procesos penales.¹⁰ Su libertad de decisión y de acción es intangible e invulnerable; no puede ser menoscabada ni manipulada.¹¹ La manipulación de la libre voluntad del acusado mediante amenazas, coerción, engaño u otros métodos similares debe ser prohibida, y esta prohibición debe ser hecha efectiva mediante las sanciones correspondientes. Sin embargo, las prohibiciones de prueba no tienen solo el componente individual de proteger los derechos individuales¹² y vengar su violación mediante la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente *en contra*¹³ del acusado.¹⁴ Las prohibiciones probatorias conllevan también una *dimensión*

⁸ Rogall: o. cit. (nota 7), p. 6.

⁹ BGH, sentencia, 14 de junio de 1960, reimpresso en BGHSt 14, p. 358, p. 365 = *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, n.º 13, p. 1580 ss., 1582: “Allerdings hat diese Rechtsauffassung zur Folge, daß wichtige, unter Umständen die einzigen Mittel zur Aufklärung von Straftaten unbenutzt bleiben. Das muß jedoch hingenommen werden. Es ist auch sonst kein Grundsatz der StPO, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte (§ 245, 52 ff., 252, 81 a ff., 95 ff., 69 Abs. 3 StPO)”. (“Sin embargo, esta interpretación jurídica tiene por consecuencia que importantes medios para el esclarecimiento de delitos —en ciertos casos, los únicos medios— no puedan ser utilizados. Sin embargo, esto debe ser tolerado. No es un principio de la OPP, que la verdad deba ser investigada a cualquier precio [§ 245, 52 ss., 252, 81 a ss., 95 ss., 69 apartado 3 OPP].) Véase también BGH, sentencia, 17 de marzo de 1983 reimpressa en BGHSt 31, p. 304, p. 309 = *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, n.º 36, p. 1570 ss., p. 1571: “[...] die StPO zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis”. (“[...] el OPP no obliga a la investigación de la verdad a cualquier precio.”)

¹⁰ Véase, más reciente, B. Kelker: “Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2006, n.º 118(2), pp. 389-426, p. 420 ss.; para una perspectiva con base en principios constitucionales véase U. Murmann: “Über den Zweck des Strafprozesses”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2004, n.º 151, pp. 65-86, p. 65 ss.; en particular sobre la relación sujeto-objeto, P. Roberts: “Subjects, objects, and values in criminal adjudication”, en A. Duff, L. Farmer, S. Marshall y V. Tadros (coords.): *The trial on trial*, vol. 2, “Judgment and calling to account”, Oxford et al.: Hart, 2006, pp. 37-64, pp. 40 ss.

¹¹ E. Schmidt: “Zur Frage der Eunarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis”, en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1949, pp. 449-450.

² Originalmente así en especial Rogall: o. cit. (nota 7), pp. 16 ss.

¹³ Es controvertido, sin embargo, si información exculpatoria no debería ser siempre admitida en la prueba ya que opera en favor del acusado (en este sentido, C. Roxin, G. Schäfer, G. Widmaier: “Die Mühlenteichtheorie, Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverboten”, en *Strafverteidiger*, 2006, n.º 26, pp. 655-660, pp. 656, 659, 660; C. Roxin: “Beweisverwertungsverbot bei bewußter Mißachtung des Richtervorbehalts (Bspr. von BGH StV 2007, 337)”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2007, n.º 27, pp. 616-618, p. 618; concuerda Jahn: o. cit. (nota 4), C 112 ss. (114).

¹⁴ Sobre esta teoría vindicativa (*vindication*) o curativa (*remedial*), críticos P. Roberts y A. Zuckerman: *Criminal Evidence*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2004, pp. 151, 152 ss.

colectiva al preservar la *integridad constitucional* del orden legal,¹⁵ especialmente mediante la garantía y realización de un juicio justo.¹⁶

Esto fue reconocido en 1961, mucho después de *Beling*, por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, al explicar la regla de exclusión —equivalente a la doctrina de las *Beweisverbote*— por “el imperativo de la integridad judicial”,¹⁷ desarrollado por otros autores como “integridad moral”.¹⁸ Un efecto colateral (positivo) de las reglas de exclusión podría ser el impacto disciplinario que estas reglas pudieran tener en las autoridades investigadoras, pero este no puede ser su propósito principal ya que existen procedimientos administrativos específicos para sancionar la conducta ilegal de los agentes oficiales.¹⁹ En resumen, el interés público o estatal en descubrir la verdad en un juicio penal puede ser superado por los *intereses privados* protegidos como garantías fundamentales o derechos, o incluso por el *interés colectivo* en la integridad de los procesos criminales y, en definitiva, por el orden constitucional. Este enfoque doble *individual-colectivo* también es seguido en el nivel internacional, en particular al considerarse el posible efecto del uso de prueba contaminada (*tainted*) en la integridad de los procesos (véase *infra* B.).

El sistema en cuestión de las prohibiciones probatorias o de reglas de exclusión puede generar tensiones entre la justicia material (realización del *ius puniendi*) y la justicia procesal (protección de derechos y de la integridad judicial).²⁰ En otras palabras,

¹⁵ Sobre este aspecto véase también E. Schmidt: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung*, Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, vol. II, § 136.a, nm. 21, con su doctrina de la superioridad moral del Estado, sobre la cual se desarrolla la exigencia de un juicio justo (ibidem, vol. I, n.º 40, 44, 49). Esta dirección sigue también la doctrina de Gerhard Fezer sobre la función autolimitativa del Estado, en ídem: *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Heidelberg: Müller, 1995, pp. 20 ss.

¹⁶ W. Beulke: *Strafprozessrecht*, Heidelberg: Müller, 10.ª ed., 2008, nm. 454; T. Finger: “Prozessuale Beweisverbote. Eine Darstellung ausgewählter Fallgruppen”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 2006, n.º 38, pp. 529-539, p. 530.

¹⁷ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S., p. 659 (“the imperative of judicial integrity”); véase J. Dressler: *Understanding Criminal Procedure*, Newark (NJ): LexisNexis, 3.ª ed., 2002, p. 381, señalando sin embargo también la jurisprudencia subsiguiente, que está cerca de renunciar por completo a la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda.

¹⁸ Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 157 ss.

¹⁹ El efecto “disciplinario” o “disuasivo” es controvertido: a favor la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos desde *Mapp v. Ohio* —véase Dressler: o. cit. (nota 17), pp. 381-382—; crítico Otto: o. cit. (nota 5), pp. 292, 301, quien argumenta que las reglas de exclusión son “kein geeignetes Mittel zur Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane” (‘no son un método adecuado para el disciplinamiento de los órganos investigadores’); críticos asimismo Roberts y Zuckerman: o. cit., (nota 14), p. 155 ss.; también en esta línea crítica la decisión 2.d de la sección de Derecho Penal del 67.º Deutschen Juristen Tag (Erfurt 2008), de acuerdo con la cual la función de las prohibiciones o exclusiones probatorias no debería ser el mantenimiento de la conducta legal de las instancias investigadoras (42 votos a favor, 31 en contra, 5 abstenciones). Véase, por otro lado, sobre las consecuencias prácticas para el entrenamiento policial, F. Arloth: “Dogmatik in der Sackgasse. Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006, n.º 153, pp. 258-261, p. 259; en esta línea más positiva también C. Prittowitz: “Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmen gem. § 81 a Abs. 2 StPO”, en *Strafverteidiger*, 2008, n.º 28, pp. 486-494, p. 494; Jahn: o. cit. (nota 4), C 57 ss.

esto podría acarrear una relación conflictiva entre, por una parte, el interés en el funcionamiento de una administración de justicia penal encaminada a la investigación y la sanción efectiva de delitos, y, por otra parte, la protección de los derechos fundamentales del acusado y la integridad del sistema en su conjunto.²¹ Esto no permite una “regla simple, algorítmica, apta para todo fin”, inflexible,²² sino que a menudo requiere de un balance delicado de intereses que conduce a decisiones que muy pocas veces satisfacen a ambas partes —fiscal y defensor— equitativamente. En todo caso, reglas basadas en principios constitucionales rigen el uso de la prueba obtenida ilegalmente, y sus consecuencias son el precio que un Estado constitucional regido por los principios del Estado de derecho, un verdadero *Rechtsstaat*, debe estar dispuesto a pagar si quiere estar a la altura de la letra de su propia ley.

2. El uso supranacional de prueba obtenida por tortura

Aunque los procesos ante los Tribunales ad-hoc de la ONU —Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)— están fuertemente influidos por la tradición de *common law*,²³ con respecto a la admisión de prueba se ha adoptado una postura liberal más típica de la tradición de *civil law*.²⁴ No hay reglas técnicas estrictas. Esto se debe, por un lado, a la necesidad que tiene un tribunal internacional de “combinar las tradiciones jurídicas de muchos países”,²⁵ y, por otro lado, es el resultado del hecho de que los tribunales penales internacionales, debido al violento contexto de sus casos, se confrontan a menudo con falta de evidencia que debe ser compensada con reglas probatorias flexibles.²⁶

²⁰ Véase K. Amelung: “Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverböten”, en *Festschrift für Claus Roxin*, Berlín: de Gruyter, 2001, pp. 1259-1280, p. 1279; M. Jäger: *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverböte im Strafprozess*, Múnich: Beck, 2003, p. 128.

²¹ Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional): *Entscheidungen* (Fallos), vol. 44, p. 353, aquí p. 374.

²² Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 159 (“simple, algorithmic, all-purpose rule”).

²³ J. C. Nemitz: “Die Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts”, en *Internationale Strafgerichtshöfe*, 2005, n.º 53.

²⁴ R. May y M. Wierda: *International Criminal Evidence*, Ardsley (NY): Transnational Publishers, 2002, p. 93; K. Ambos: “The Structure of International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed?”, en M. Bohlander (coord.): *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedure*, Londres: Cameron May, 2007, pp. 429-503, pp. 477 ss.; idem: *Internationales Strafrecht*, Múnich: Beck, 2.ª ed., 2008, § 8, nm. 32.

²⁵ Archbold: *International Criminal Courts*, K. A. A. Kahn et al. (eds.), 2.ª ed., 2005, § 9-1 (“to combine the legal traditions of many countries”).

²⁶ Cf. May y Wierda: o. cit. (nota 24), pp. 95, 98 ss.; Archbold: o. cit. (nota 25), § 9-2.

2.1. TPIY y TPIR

Las reglas para la admisión de pruebas se encuentran en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de ambos tribunales, que han sido establecidas por los jueces (cf. artículo 15 del Estatuto del TPIY y artículo 14 del Estatuto del TPIR). Dado que ambas normativas son esencialmente idénticas, nos concentraremos en las RPP del TPIY e indicaremos las diferencias cuando sea necesario. Hasta ahora, ni el TPIY ni el TPIR tuvieron que decidir sobre la admisión de prueba obtenida por medio de tortura.

La regla 89, la “Carta Magna” del derecho probatorio,²⁷ contiene el principio general de que “una Sala puede admitir toda prueba relevante que estime con valor probatorio” (regla 89.C del RPP del TPIY y el TPIR) y que “puede excluir prueba si su valor probatorio es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar el juicio justo”²⁸ (regla 89.D del RPP del TPIY). Si bien las RPP del TPIR no contienen tal regla de exclusión específica en la correspondiente sección sobre reglas de pruebas (reglas 89 ss.), la regla 70.F confirma el poder inherente a las salas de juicio del TPIR de excluir prueba “si su valor probatorio es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar un juicio justo”.²⁹ Si bien, en el resultado, la regla 89.D concede una amplia discreción con respecto a la exclusión de prueba —sin sujeción a las reglas probatorias nacionales (regla 89.A)—, la regla 95 es más específica con respecto a prueba obtenida a través de ciertos métodos (prohibidos) y por consiguiente es aplicable específicamente a la prueba obtenida por medio de tortura:

Ninguna prueba será admisible si es obtenida a través de métodos que arrojen una duda sustancial sobre su fiabilidad o si su admisión es antitética a y dañaría gravemente la integridad del proceso.³⁰

²⁷ Nemitz: o. cit. (nota 23), p. 56.

²⁸ “[A] chamber may admit any relevant evidence which it deems to have probative value” (89.C), “may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial” (89.D).

²⁹ “[...] if it’s probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial”. Véase May y Wierda: o. cit. (nota 24), p. 100; también W. Schabas: *The UN International Criminal Tribunals. The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge et al., Cambridge University Press, 2006, p. 459.

³⁰ “No evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings.”

Si bien es controvertido si esta regla es una *lex specialis* respecto de la regla 89.D³¹ o solo clarifica su contenido,³² es claro que ella excluye prueba obtenida por medio de métodos prohibidos sin ninguna ponderación ulterior (como se expresa, por el contrario, en la regla 89.D: “superado por la necesidad [...]”).³³ Esta regla deja a los jueces la decisión sobre qué métodos arrojan “una duda sustancial sobre su fiabilidad” o cuándo la admisión de prueba sería “antitética” al proceso y lo “dañaría gravemente”.³⁴ Por lo tanto, si cierta prueba ha de ser admitida o excluida depende de las circunstancias de cada caso.³⁵

De modo interesante, la versión original de la regla era más clara con respecto a nuestra cuestión. Excluía la admisión de prueba obtenida por medios “que constituyen una grave violación a los derechos humanos internacionalmente protegidos”.³⁶ Dada la protección contra la tortura en varios instrumentos de derechos humanos y el estatus de la prohibición de tortura como *ius cogens* (véase infra, 2), la prueba obtenida por medio de tortura constituiría “una grave violación a los derechos humanos internacionalmente protegidos”³⁷ y en consecuencia tendría que ser excluida. Sin embargo, con la modificación de la regla 95 la exclusión no es más “una cuestión de medios, sino una de resultado”.³⁸ Como establece la regla, aun si son violados derechos humanos internacionalmente protegidos, como la libertad frente a la tortura, los jueces cuentan con discreción para admitir prueba obtenida por medio de tortura, en tanto la consideren confiable y no gravemente dañina para la integridad del proceso. Por consiguiente, estas condiciones de admisibilidad deben ser analizadas con más detalle.

³¹ Para este punto de vista C. J. M. Safferling: *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2003, p. 295; para un punto de vista diferente Nemitz: o. cit. (nota 23), p. 70, según el cual la regla 95 solo tiene una “klarstellende Bedeutung” (‘una función de clarificación’).

³² Cf. Nemitz: o. cit. (nota 23), p. 70.

³³ “[O]utweighed by the need”.

³⁴ “[C]ast substantial doubt on its reliability”, “antithetical”, “seriously damage”.

³⁵ Regla 89.D: “A Chamber may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial”.

³⁶ Citado según K. N. Calvo-Goller: *The Trial Proceedings of the International Criminal Court, ICTY and ICTR Precedents*, Leiden et al.: Nijhoff, 2006, p. 97 (“which constitute a serious violation of internationally protected human rights”); véase también S. Zappalà: *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2003, p. 151. El título original, modificado en la 12.ª revisión de las RPP, rezaba: “Evidence obtained by means contrary to international protected human rights” (‘Prueba obtenida por medios contrarios a los derechos humanos internacionalmente protegidos’).

³⁷ “[A] serious violation of internationally protected human rights.”

³⁸ Como lo expone K. N. Calvo-Goller: o. cit. (nota 36), p. 97 (“no longer a matter of means but one of result”).

2.1.1. ¿Es la tortura un método que arroje dudas sustanciales sobre la fiabilidad de dicha prueba?

La no fiabilidad de la prueba obtenida por tortura fue, además de consideraciones humanitarias, la razón principal de su abolición de los códigos de procedimiento penal de la Europa continental por la reforma ilustrada posrevolucionaria.³⁹ La doctrina coincide en que la imposición de tortura es más adecuada para evaluar la capacidad del sospechoso de soportar el dolor que su lealtad a la verdad.⁴⁰ Claramente, la mayoría de los interrogados bajo tortura admitiría casi todo para frenar la imposición de dolor adicional. En el viejo procedimiento criminal inquisitivo de la época medieval la cuestión de la fiabilidad a menudo conducía a limitar el uso de información que podría ser verificada posteriormente; por ejemplo, registrando el lugar donde el sospechoso torturado había indicado que estaba el arma homicida.⁴¹ La no fiabilidad de la prueba obtenida por tortura fue también una de las razones para la introducción de la regla de exclusión del artículo 15 de la CT-ONU, que será discutida con más detalle infra (sección 3.1.1). Se consideró que invocar tal declaración no fiable ante un tribunal sería contrario al principio del “juicio justo”.⁴² En definitiva, aunque la Sala de juicio debería siempre excluir la prueba obtenida por tortura en vista de la “duda sustancial” en cuanto a su fiabilidad, podrían existir aún casos en los cuales tal prueba pudiera ser verificada por investigaciones posteriores y probarse que era correcta. Por consiguiente, la cuestión crucial en cuanto a su admisibilidad es la siguiente.

2.1.2. ¿La admisión de prueba obtenida por medio de tortura sería antitética al proceso y dañaría gravemente su integridad?

Aunque esta parte de la regla 95 no se refiera al método a través del cual la prueba es obtenida, sino a la consecuencia (el resultado) de su admisión para el proceso en

³⁹ Véase, por todos, A. Ignor: *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Paderborn et al.: Schöningh, 2002, pp. 163 ss., señalando que la tortura no solo era considerada inhumana, sino también cada vez más como ineficiente para la persecución y el castigo de los verdaderos criminales.

⁴⁰ J. H. Langbein: *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 8; Kühne: o. cit. (nota 7), nm. 890; R. Pattenden: “Admissibility in Criminal Proceedings of Third Party and Real Evidence Obtained by Methods Prohibited by UNCAT”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, 2006, n.º 10, pp. 1-41, pp. 6 ss.

⁴¹ Langbein: o. cit. (nota 40), p. 5.

⁴² J. H. Burgers y H. Danelius: *The United Nations Convention Against Torture. A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman and Degrading Treatment and Punishment*, Dordrecht et al.: M. Nijhoff, 1988, p. 148.

su conjunto, una sala de juicio debe aún evaluar la prueba a la luz de la manera y las circunstancias que rodearon su obtención. Si la admisión de la prueba sería “antitética y dañaría gravemente la integridad del proceso” depende de la gravedad de la violación cometida para obtener la prueba.⁴³ Como regla es posible decir que con el incremento del nivel de gravedad de la violación aumenta también la probabilidad de que la admisión sea “antitética” y “dañe gravemente la integridad del proceso”.⁴⁴

En cuanto a la prueba obtenida por medio de tortura, es posible distinguir entre aquella *obtenida por los investigadores* del tribunal y aquella lograda por terceros. En el primer caso, puede haber pocas dudas acerca de que tal prueba será considerada como altamente antitética y dañina para la integridad del proceso y en consecuencia tendría que ser excluida. Esto se sigue, antes que nada, de la importancia de la prohibición de tortura que el mismo TPIY ha reconocido en su frecuentemente citada decisión en el caso *Furundzija*, donde consideró a esta norma como de *ius cogens*⁴⁵ y como “uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional”.⁴⁶ En *Nicolic*, la Sala de juicio incluso consideró en un *óbiter* que graves maltratos o torturas de un sospechoso pueden constituir un obstáculo a la jurisdicción del Tribunal:

En circunstancias en que un acusado ha sido gravemente maltratado, quizás incluso sometido a [...] tortura, antes de ser entregado al Tribunal, esto puede constituir un impedimento jurídico al ejercicio de la jurisdicción sobre tal acusado. Este sería ciertamente el caso, si personas que actúan en nombre de la Fuerza de Estabilización en Bosnia y Herzegovina o el Procurador estuvieren involucrados en tales muy graves maltratos [...].⁴⁷

No sería apropiado para una Corte de justicia juzgar a una víctima de esos abusos.⁴⁸

⁴³ “Antithetical”; “Would seriously damage the integrity of the proceedings”.

⁴⁴ “Antithetical”; “seriously damage the integrity of the proceedings”. Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Brdjanin*, Case n.º IT-99-36-T, Decision on the Defence Objection to Intercept Evidence (Oct. 3, 2003), § 61 ss.

⁴⁵ *Prosecutor v. Furundzija*, Case n.º IT-95-17/1, Judgment (Dec. 10, 1998), § 144, 153 s.

⁴⁶ Ídem, § 154 (“one of the most fundamental standards of the international community”); para ulteriores referencias véase Ambos: o. cit. (nota 1), p. 265 s.; recientemente M. Möhlenbeck: *Das absolute Folterverbot*, Frankfurt a.M.: Lang, 2008, p. 39 ss.

⁴⁷ Véase *Prosecutor v. Nikolic*, Case n.º IT-94-2-PT, Decision on Defence Motion Challenging the Exercise of Jurisdiction by the Tribunal (Oct. 9, 2002), § 114; también citado en *Prosecutor v. Nikolic*, Case n.º IT-94-2-AR73, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Legality of Arrest (June 5, 2003), § 28.

⁴⁸ *Prosecutor v. Nikolic* (June 5, 2003), loc. cit. (nota 47), § 30 (“In circumstances where an accused is very seriously mistreated, maybe even subject to [...] torture, before being handed over to the Tribunal, this may constitute a legal impediment to the exercise of jurisdiction over such an accused. This would certainly be the case where persons acting for SFOR or the Prosecution were involved in such very serious mistreatment [...]. [...] it would be inappropriate for a court of law to try a victim of these abuses”).

De esto se sigue, *a fortiori*, que la prueba obtenida por medio de tortura sería antitética y dañina para la integridad del proceso y en consecuencia debería ser excluida. Esto es aplicable no solo a la prueba obtenida por los investigadores del Tribunal, sino también a aquella obtenida por personas que actúan en nombre del Tribunal; por ejemplo, las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU. Otra cuestión es, sin embargo, cómo debe ser tratada la prueba obtenida por *terceros* independientes, en particular las autoridades nacionales, que actúan sin ninguna vinculación con los tribunales. Esta cuestión tiene una gran importancia práctica para todo tribunal penal internacional, dado que normalmente estos no cuentan con suficiente personal para obtener toda la evidencia y dependen de la cooperación de las autoridades nacionales.⁴⁹

Como ha sido dicho, los tribunales no han tomado una decisión sobre la admisión de prueba obtenida por medio de tortura. Sin embargo, tuvieron que tratar con prueba obtenida por autoridades nacionales en violación de los derechos de los sospechosos aplicables ante esos tribunales. Así, en *Celebici* la Sala se enfrentó a la cuestión de si podía admitir prueba que había sido obtenida durante un interrogatorio llevado a cabo por la policía austríaca en ausencia del abogado del sospechoso. Aunque el derecho nacional aplicable (austríaco) de la época no preveía un derecho a la defensa técnica durante el interrogatorio policial y, en consecuencia, la prueba había sido legalmente obtenida según el derecho austríaco,⁵⁰ la Sala de Juicio sostuvo que el procedimiento austríaco lesionaba el derecho a la defensa técnica según el artículo 18.3 del Estatuto del TPIY y que, en consecuencia, las declaraciones hechas ante la policía eran inadmisibles en el proceso.⁵¹ Una posición similar parece haber sido tomada en la primera decisión de apelación del TPIR en el caso *Barayagwiza*.⁵² La cuestión era si la excesiva duración de la detención provisional del acusado en Camerún (sin ser informado inmediatamente sobre los cargos en su contra) convertiría a su arresto, de otro modo legítimo, en ilegítimo y podría constituir un obstáculo a la jurisdicción (personal) del Tribunal sobre la base de la “doctrina del abuso de proceso”. La Sala de Apelación respondió esta cuestión de manera afirmativa, separando la cuestión del órgano responsable por la duración de la detención del efecto de la violación como tal. Incluso si la culpa es compartida entre los tres órganos de los tribunales —o es el resultado de la acción de un tercero, como Camerún—, esto socavaría la integridad del proceso judicial para proceder. Además, sería injusto para el apelante enfrentar un juicio sobre esas acusaciones si sus derechos fueron abiertamente violados. Por consiguiente, para la

⁴⁹ Safferling: o. cit. (nota 31), p. 292.

⁵⁰ La nueva Ordenanza Procesal Penal de 2004 concede tal derecho. Véase la sección 164.2.

⁵¹ *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case n.º IT-96-21-T, Decision on Zdravko Mucic’s Motion for the Exclusion of Evidence (Sept. 2, 1997), § 52.

⁵² *Prosecutor v. Barayagwiza*, Case n.º ICTR-97-19-AR72, Decision (Nov. 3, 1999).

doctrina del abuso de proceso es irrelevante qué entidad o entidades fueron responsables por las alegadas violaciones de los derechos del apelante.⁵³

Aunque esto se sigue, otra vez *a fortiori*, de que la prueba obtenida por medio de tortura nunca puede ser admitida, una Sala de Apelación diferente modificó posteriormente esta decisión, centrándose sobre las responsabilidades (organizacionales) por la duración de la detención y denegando un recurso por una lesión de los derechos del acusado, pues esto era responsabilidad principal de terceros.⁵⁴ De manera similar, en *Brdjanin*, una sala de juicio admitió transcripciones de conversaciones telefónicas interceptadas (ilegalmente) por fuerzas de seguridad de Bosnia y Herzegovina con el argumento de que la “función de este Tribunal no es disuadir y sancionar la conducta ilegal de las autoridades de investigación domésticas, excluyendo la prueba obtenida ilegalmente”.⁵⁵ En otras decisiones el TPIR se ha abstenido de supervisar la legalidad de los actos de autoridades nacionales.⁵⁶

Resumiendo esta jurisprudencia, es claro que los tribunales no admitirían prueba obtenida mediante tortura por sus propios investigadores o por fuerzas que actúan en su nombre —como, por ejemplo, la Fuerza de Estabilización (SFOR) en *Nikolic*—, pero no es claro cómo tratarían tal prueba si fuera producida por terceros actuando de manera completamente independiente.

Voy a sostener que la prueba obtenida por medio de tortura no debe ser admitida en ninguna circunstancia, independientemente de su proveniencia. Dado el estatus de la prohibición de la tortura como “uno de los estándares más fundamentales de

⁵³ Ídem, § 73 (“[...] even if fault is shared between the three organs of the Tribunals – or is the result of the action of a third party, such as Cameroon – it would undermine the integrity of the judicial process to proceed. Furthermore it would be unfair for the Appellant to stand trial on these charges if his rights were egregiously violated. Thus, under the abuse of process doctrine, it is irrelevant which entity or entities were responsible for the alleged violations of the Appellant’s right”).

⁵⁴ *Prosecutor v. Barayagwiza*, Case n.º ICTR-97-19-AR72, Decision (Mar. 31, 2000), § 71, refiriéndose a nuevos hechos que “diminish the role played by the failings of the prosecutor as well as the intensity of the violation of the rights of the appellant” (‘disminuyen el papel desempeñado por los defectos del procurador, así como la intensidad de la violación de los derechos del apelante’).

⁵⁵ Véase *Prosecutor v. Brdjanin*, loc. cit. (nota 44), § 63, n.º 9 (“function of this Tribunal is not to deter and punish illegal conduct by domestic law enforcement authorities by excluding illegally obtained evidence”); véase también *Prosecutor v. Kordic et al.*, Case n.º IT-95-14/2-T, Oral Decision of Judge May (Feb. 2, 2000), Transcript 13671: “It’s not the duty of this Tribunal to discipline armies or anything of that sort” (‘No es deber de este Tribunal el disciplinar ejércitos o nada semejante’) (referida en *Brdjanin*, como citada).

⁵⁶ Véase G. Sluiter: “International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights”, en *New England Law Review*, 2002-2003, n.º 37, pp. 935-948, p. 941, con varias referencias en la nota 25.

la comunidad internacional”,⁵⁷ esta no puede ser comparada con lesiones ordinarias o menores de reglas de procedimiento. Incluso en estos casos los tribunales no ignoran la infracción, pero, en ciertas ocasiones, conceden preeminencia a la importancia de la prueba para el proceso concreto; en este contexto, el hecho de que la prueba haya sido cometida por un tercero puede jugar a favor de su admisión. En otras palabras, la responsabilidad personal o de la organización por la infracción —esto es, la cuestión de si la infracción puede ser imputada a los tribunales— es solo un aspecto a tener en cuenta en la ponderación de intereses.⁵⁸ Claramente, el resultado de esta ponderación cambia con la gravedad de la infracción procesal en cuestión, y las consideraciones a favor de la admisión de pruebas no pueden superar a la violación de una prohibición tan importante como la prohibición de tortura.⁵⁹ En otras palabras, la regla procesal —*in casu* la prohibición de obtener prueba mediante tortura— puede adquirir una importancia tal que impide cualquier ponderación de intereses, y su infracción, en consecuencia, importa necesariamente la exclusión de la prueba respectiva. Del mismo modo, la “doctrina de la bandeja de plata” de la Corte Suprema de los Estados Unidos,⁶⁰ sobre cuya base la prueba obtenida por particulares o por un gobierno extranjero estaba generalmente permitida,⁶¹ ha sido limitada cuando la infracción procesal, como en el caso de la tortura, “conmueve la conciencia de la Corte Americana”.⁶²

⁵⁷ Supra nota 46 (“one of the most fundamental standards of the international community”).

⁵⁸ Tal ponderación también puede ser identificada en *Brdjanin*, loc. cit. (nota 44), § 63 (n.ºs 7 y 8), donde la Sala expresa (con referencia a *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case n.º IT-96-21-T, Decision on the Tendering of Prosecution Exhibits 104-108 [Feb. 9, 1998] § 18-20) que su tarea sería puesta en peligro si la prueba no pudiera ser admitida a causa de “a minor breach of procedural rules” (“una violación menor a reglas de procedimiento”), dada la gravedad de los casos que ella debe resolver en general e in casu dada la gravedad de los cargos contra el acusado. En consecuencia, “it would be utterly inappropriate to exclude relevant evidence due to procedural considerations, as long as the fairness of the trial is guaranteed” (“sería completamente inapropiado excluir prueba relevante debido a consideraciones de procedimiento, en tanto en cuanto la lealtad del juicio esté garantizada”).

⁵⁹ En forma similar Sluiter: o. cit. (nota 56), pp. 946-947, haciendo hincapié en la naturaleza de la violación.

⁶⁰ Sobre la base de la doctrina (“nacional”) de la bandeja de plata (“silver platter doctrine”), originalmente la Corte Suprema también permitió el uso en las Cortes federales de prueba que había sido obtenida ilegalmente por oficiales de los Estados. Pero posteriormente denunció esta posición en el caso *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 80 S.Ct. 1437 U.S. (1960), véase J. L. Worrall: *Criminal Procedure*, Boston: Pearson Allyn & Bacon, 2.º ed., 2007, p. 55.

⁶¹ *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 455 n. 31 (1976).

⁶² *United States v. Fernandez-Caro*, 677 F.Supp. 893, 894 (S.D. Tex. 1987) (“shocks the conscience of American court”): “If conduct of foreign officers shocks the conscience of American court, fruits of their mischief will be excluded under Fourth Amendment” (“Si la conducta de oficiales extranjeros conmueve la conciencia de la Corte Americana, los frutos de su ilícito serán excluidos bajo la Cuarta Enmienda”). Véase recientemente M. P. Scharf: “Tainted provenance: When, if ever, should Torture Evidence be admissible?”, en *Washington and Lee Law Review*, 2008, n.º 65, pp. 129-172, p. 151 ss., extendiendo este argumento al uso por los tribunales de prueba obtenida por terceros mediante tortura.

Hay consideraciones adicionales, basadas en el derecho de los tribunales, que hablan en contra de admitir prueba obtenida por medio de tortura aun cuando haya sido obtenida por terceros. Primero, la obligación de los tribunales establecida en sus Estatutos de asegurar que el proceso sea justo y rápido (artículos 20.1 del TPIY y 19.1 del TPIR) se extiende a violaciones de reglas procesales anteriores al juicio, dado que ellas pueden afectar el carácter de justo del proceso como tal. Esto significa que tales violaciones deben ser tomadas en cuenta y no pueden ser despachadas con consideraciones meramente organizacionales relacionadas con la responsabilidad por la violación.⁶³ Segundo, la regla 95 debe ser interpretada a la luz de su versión original, que, como se explicó, claramente prohibía la admisión de prueba obtenida mediante tortura. La modificación de la regla no tuvo el propósito de limitar sino de ampliar los derechos del acusado.⁶⁴ Tercero, la misma Sala en el caso *Brdjanin* emitió el 15 de febrero de 2002 una decisión sobre los estándares que gobiernan la admisibilidad de la prueba (“Order on the Standards Governing the Admissibility of Evidence”), donde estableció que las “declaraciones que no son voluntarias, sino que son obtenidas de los sospechosos por medio de una conducta opresiva, no pueden pasar el examen de la regla 95”.⁶⁵ De manera similar, dentro del marco del procedimiento de admisión de culpabilidad (*guilty plea*) (regla 62 bis), la admisión debe ser hecha voluntariamente para que sea aceptada como una confesión.⁶⁶ Esto muestra que la voluntariedad, que siempre es anulada con la tortura, es un presupuesto para que la declaración sea admitida.⁶⁷ Cuarto, hay un

⁶³ Cf. Sluiter: o. cit. (nota 56), pp. 942 ss., argumentando incluso que “every human rights violation” (“toda violación a derechos humanos”) debe ser tomada en consideración.

⁶⁴ Zappalà: o. cit. (nota 36), refiriéndose al *Segundo informe anual del TPIY (ICTY Second Annual Report)*, § 26, incluida la nota 9 en conjunto con el título (“To broaden the rights of suspects and accused persons”), disponible en <www.un.org/icty/rappannu-e/1995/index.htm> (consultado el 19 de febrero de 2008).

⁶⁵ *Prosecutor v. Brdjanin*, loc. cit. (nota 46), § 67 (“statements, which are not voluntary but are obtained from suspects by oppressive conduct, cannot pass the test under Rule 95 of the Rules”).

⁶⁶ Cf. la regla 62bis RPP-TPIY que establece: “If an accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (vi), or requests to change his or her plea to guilty and the Trial Chamber is satisfied that: (i) the *guilty plea* has been made *voluntarily*; [...]” (“Si un acusado se declara culpable de acuerdo con la regla 62.vi o solicita cambiar su manifestación y declararse culpable y la Sala de Juicio está satisfecha con que: (1) la *declaración de culpabilidad* ha sido hecho *voluntariamente*; [...]”) (bastardilla agregada).

⁶⁷ Claramente, la analogía con la declaración de culpabilidad se basa en la premisa de que es una confesión, y como tal un elemento de prueba (cf. Blackstone’s Criminal Practice 2009, Oxford 2008, F17.2 (s. 2645): “A plea of guilty is a confession for the purposes of PACE 1984, s. 82 (1), and as such admissible in evidence provided that the provisions of s. 76 (2) are complied with” (“Una declaración de culpabilidad es una confesión a los fines de PACE 1984, s. 82.1, y como tal es admisible como prueba si están dadas las previsiones de la sec. 76.2”). Estrictamente hablando, sin embargo, se trata solo de un acto forense y su admisión en la prueba puede variar de acuerdo a las circunstancias del caso. Cf. R. v. Rimmer (1972) 1 WLR 268 CA, mentado por Blackstone tal como se cita supra, pero remarcando la importancia de los “facts of the case” (“hechos del caso”) y de la discreción judicial, y afirmando que una declaración va a ser solo “rarely” (“raramente”) admitida en la prueba [272]; véase tam-

argumento teleológico con respecto a los crímenes de competencia de los tribunales: si la tortura es parte de esos crímenes —como un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra (artículos 2.b y 5.f del Estatuto del TPIY y 3.f y 4.a del Estatuto del TPIR)— sería contradictorio que los tribunales pudieran admitir prueba obtenida por una conducta que ellos mismos deben juzgar.⁶⁸ El argumento no puede ser refutado con el razonamiento de que los tribunales tienen que juzgar los “crímenes más graves conocidos a la humanidad”⁶⁹ y de que, en consecuencia, está justificado un enfoque más flexible para la admisión de la prueba obtenida (por medio de tortura).⁷⁰ Este no es un argumento material, sino el procesal discutido arriba con respecto a la ponderación de intereses. Por consiguiente, son aplicables los mismos contraargumentos: hay un límite a la ponderación si uno de los valores en juego es absoluto, esto es, *in casu*, el valor absoluto de la prohibición de tortura.

2.2. La Corte Penal Internacional

La situación ante la CPI es esencialmente la misma. El artículo 69.7 del Estatuto de la CPI —*lex specialis* respecto de la regla general de admisibilidad del apartado 4 del mismo artículo—⁷¹ repite la (nueva) regla 95 de las RPP del TPIY y el TPIR y establece:

No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando:

(a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o (b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.

De este modo, en principio, la prueba obtenida en violación de derechos humanos no es *per se* inadmisibles, sino que la decisión depende de su fiabilidad y sus efectos

bién, recientemente, R. v. Adams (Ishmael) (2008): 1 Cr App R 35, [2007] EWCA Crim 3025: “Whether a suggestion of a plea at a case management hearing is or is not a provable admission or is or is not a safe basis for identifying what the issue is will vary from case to case” (‘Si la sugerencia de una declaración de culpabilidad en la audiencia preliminar de un caso es o no es un reconocimiento demostrable, o es o no es una base segura para identificar cuál es la cuestión, va a variar de caso a caso’).

⁶⁸ En forma similar Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 15.

⁶⁹ “[G]ravest crimes that are known to mankind.”

⁷⁰ Scharf: o. cit. (nota 62), p. 155.

⁷¹ El artículo 69.4 se centra en el “valor probatorio” de la evidencia y en el posible “perjuicio” para un juicio justo. Véase también D. K. Piragoff, en O. Triffterer (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Viena: NWV, 2.ª ed., 2008, artículo 69, nm. 9. Las RPP-CPI no contienen reglas más concretas, véanse las reglas 63 ss.

sobre la integridad del proceso. Así, en el caso *Lubanga*⁷² la defensa invocó una violación al artículo 33 del Código Procesal Penal congolés por un allanamiento que se había realizado en la vivienda de Lubanga sin que él se encontrara presente.⁷³ Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares (*Pre-Trial Chamber*) reconoció una violación del principio de proporcionalidad y por tanto una violación de “derechos humanos internacionalmente reconocidos”, no declaró inadmisibles las pruebas en cuestión ya que consideró que en el caso concreto dicha violación no afectaba la “fiabilidad” de tal prueba ni perjudicaba la integridad del proceso.⁷⁴ La Sala consideró, con base en la revisión de la jurisprudencia relevante, que únicamente graves violaciones pueden acarrear la exclusión de la prueba; agregó no obstante que la prueba solo era admisible “a los fines de la audiencia de confirmación”, y subrayó además el “alcance limitado” de tal audiencia, así como la posibilidad de que la Sala de Primera Instancia (*Trial Chamber*) se pronunciara en forma diferente respecto de la admisibilidad de la prueba en cuestión.⁷⁵

En cuanto a la prueba obtenida por medio de tortura, las mismas consideraciones antes efectuadas conducirían a su inadmisibilidad absoluta.⁷⁶ Esto es aplicable a toda la prueba obtenida por medio de tortura independientemente de su fuente o de su efecto a favor o en contra del acusado.⁷⁷ Del párrafo 8 del artículo 69⁷⁸ se deriva la irrelevancia para la CPI del derecho nacional, dado que la Corte no se pronunciará sobre la “aplicación” de dicho derecho. Consecuentemente, la CPI debe juzgar la admisibilidad sobre la base de su derecho; en particular, su “aplicación e interpretación [...] deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (artículo 21.3). Esta clara referencia a derechos humanos fundamentales, como la libertad frente a la

⁷² *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case n.º ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges (Jan. 29, 2007).

⁷³ Ídem, § 62 ss.

⁷⁴ Ídem, § 81 ss. (“internationally recognised human rights”), § 85 (“reliability”).

⁷⁵ Ídem, § 86 ss., § 90 (“for the purpose of the confirmation hearing”), (“limited scope”).

⁷⁶ Para el mismo resultado Calvo-Goller: o. cit. (nota 36), p. 286: “The difficulty does not lie in cases of evidence obtained by means of grave breaches of an internationally recognized human right, such as torture for example, but by means of less severe measures” (‘La dificultad no radica en los casos de prueba obtenida por medio de graves violaciones a un derecho humano internacionalmente reconocido, tal como la tortura por ejemplo, sino a través de medidas menos severas’).

⁷⁷ Véase también Piragoff: o. cit. (nota 71), artículo 69, nm. 66 (“no distinction between evidence proffered by the Prosecutor or the accused, or requested by the Court” (‘ninguna distinción entre prueba ofrecida por el Procurador o el acusado, o requerida por la Corte’). El punto sin embargo es controvertido, en cuanto a prueba obtenida mediante tortura utilizada en contra del torturador véase la discusión de la postura de Scharf infra, notas 199 ss.

⁷⁸ Artículo 69.8 del ECPI: “La Corte, al decidir sobre la pertinencia o la admisibilidad de las pruebas presentadas por un Estado, no podrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de ese Estado”.

tortura, es un fuerte argumento adicional de que hay “algunas violaciones que, por su naturaleza, son tan crasas o tan incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos que la admisión de prueba obtenida” por tales medios siempre será antitética a la integridad del proceso y dañina para él.⁷⁹ *Last but not least*, con respecto al procedimiento de admisión de culpabilidad previsto en el artículo 65 del Estatuto de la CPI, también se reconoce que tal admisión debe hacerse “voluntariamente” (véase el artículo 65.1.b) y que sería “nula e inválida”⁸⁰ si fuera obtenida por medio de tortura.

2.3. Primera conclusión intermedia con respecto al uso supranacional de prueba obtenida por medio de tortura

El uso supranacional de prueba obtenida por medio de tortura es siempre inadmisibile. Tal evidencia no es fiable y, más importante, su uso es antitético y perjudicial a la integridad del proceso. Para considerar inadmisibile a esta prueba es suficiente que exista uno de estos dos defectos, dado que la regla 95 del TPIY y el TPIR y el artículo 69.7 del Estatuto de la CPI prevén una formulación alternativa (“o”). No puede hacerse razonablemente una distinción entre prueba obtenida por medio de tortura por los investigadores del tribunal o por terceros, ya que solo minaría la regla general que espera que los tribunales penales internacionales —como modelos para la justicia penal nacional— respeten completamente los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esto implica que estos tribunales no pueden utilizar prueba obtenida en violación de estos derechos. Como ha señalado Sluiter:

Como modelos para la justicia penal internacional, puede esperarse que el TPIY y el TPIR respeten plenamente los derechos humanos internacionalmente protegidos. A largo plazo, el apoyo a y la confianza en formas de atribución penal internacional, incluyendo la recientemente establecida corte penal internacional (CPI), dependerá de si los tribunales pueden hacer honor a esta expectativa o no.⁸¹

⁷⁹ Piragoff: o. cit. (nota 71), artículo 69, nm. 71 (“some violations which, by their nature, are always so egregious or so inconsistent with internationally recognized human rights that the admission of evidence obtained”); véase también Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 15.

⁸⁰ F. Guariglia y G. Hochmayr, en O. Triffterer (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Viena: NWV, 2.ª ed., 2008, artículo 65, nm. 25.

⁸¹ Sluiter: o. cit. (nota 56), p. 935 (“As models for international criminal justice, the ICTY and the ICTR may be expected to fully respect internationally protected human rights. In the long run, the support for and confidence in forms of international criminal adjudication, including the recently established permanent international criminal court [ICC] will depend on whether or not the tribunals can live up to this expectation”).

3 • El uso transnacional de prueba obtenida mediante tortura

El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura ha sido objeto de dos decisiones recientes de cortes superiores en Gran Bretaña y Alemania. Ambas pueden informar nuestra discusión y servir como casos modelo.

En el caso *A and others v. Secretary of State for the Home Department*,⁸² la Casa de los Lores británica (*House of Lords*) tenía que decidir si los tribunales británicos podían admitir como prueba declaraciones que habían sido obtenidas por medio de tortura por oficiales de un Estado extranjero sin estar involucradas las autoridades británicas. Los recurrentes fueron detenidos en aplicación de la sección 23 de la Ley sobre Antiterrorismo, Crimen y Seguridad (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*), de 2001.⁸³ La disposición autoriza la detención por un período indefinido de sospechosos certificados como terroristas internacionales según la sección 21 de esa ley, si por razones jurídicas o prácticas es imposible deportarlos. La persona certificada terrorista según la sección 21 puede apelar a la Comisión de Apelación Especial de inmigración (*Special Immigration Appeals Commission* [SIAC]) contra la certificación, argumentando que no hay motivos razonables para la sospecha (véase la sección 25 de la ley). Los recurrentes sostuvieron que, para la emisión de los certificados, el secretario de Estado se había basado ilegalmente en prueba obtenida por medio de tortura proporcionada por otro estado. Sin embargo, la SIAC sostuvo que la prueba, en la cual se fundaba (en parte) la sospecha, podía ser usada y en consecuencia rechazó la apelación. La Corte de Apelación para Inglaterra y Gales confirmó esa decisión. El 8 de diciembre de 2005, los Cámara de los Lores, en concordancia con la posición de los recurrentes, anuló la decisión por unanimidad, sosteniendo que el *common law* prohíbe la admisión de prueba obtenida por medio de tortura “independientemente de dónde, o por quién o con base en qué autoridad fue impuesta la tortura”.⁸⁴

⁸² *A and Others v. Secretary of State for the Home Department* (n.º 2) [2005] UKHL 71, [2005] 3 WLR 1249, disponible también en www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand-1.htm (consultada el 25 de febrero de 2008), en adelante *A and others*, *HL*.

⁸³ Las secciones 21 a 32 de esta ley han sido revocadas por la Prevention of Terrorism Act 2005 (Ley de Prevención del Terrorismo, de 2005), la cual fue luego enmendada por la Counter-Terrorism Act 2008 (Ley de Contraterrorismo); véase www.statutelaw.gov.uk; véase también C. Walker: “Keeping Control of Terrorists without Losing Control of Constitutionalism”, en *Stanford Law Review*, 2007, pp. 1395-1463.

⁸⁴ *A and others*, *HL*, loc. cit. (nota 82), § 10 (Lord Bingham) (“irrespective of where, or by whom, or on whose authority the torture was inflicted”).

En su decisión del 14 de junio de 2005, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo (*Oberlandesgericht*) tuvo que tratar con una cuestión similar en el caso *El Motassadeq*.⁸⁵ Motassadeq fue imputado de un delito similar a la conspiración previsto en el § 30.2, tercera alternativa, del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*),⁸⁶ en relación con los ataques del 11 de septiembre. El Departamento de Estado de los Estados Unidos proporcionó, vía fax, resúmenes de declaraciones de tres miembros de Al Qaida de alta jerarquía prestadas en interrogatorios cumplidos por autoridades estadounidenses mientras esas personas estaban detenidas.⁸⁷ A causa de la sospecha general, basada en informes de prensa y de organismos de derechos humanos, de que los miembros de Al Qaida eran sometidos a tortura, el Tribunal buscó información sobre el lugar y las circunstancias de los interrogatorios, pero no pudo obtenerla. Si bien el Tribunal admitió en última instancia las declaraciones como evidencia —dado que, con base en la libre apreciación de la prueba disponible, la tortura no pudo ser probada (sobre la delicada cuestión de la carga y el estándar de la prueba, véase más detalladamente la sección 3)—, también declaró, en un *óbiter*, que ninguna declaración obtenida por tortura, sin importar su proveniencia (autoridades nacionales o extranjeras), puede ser admitida como prueba.⁸⁸

Si se comparan estos dos casos, lo más llamativo es que en *ninguno* de ellos las autoridades nacionales estaban involucradas en la obtención de la prueba respectiva.

⁸⁵ Tribunal Superior Estadual de Hamburgo, decisión del 14 de junio de 2005, reeditada en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, n.º 58, p. 2326 ss., p. 2326 (en adelante, Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*).

⁸⁶ Acuerdo con otro para cometer un crimen o instigar a cometerlo.

⁸⁷ No es claro dónde exactamente estaban detenidos los testigos. El Tribunal Superior estadual de Hamburgo (Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. [nota 85], p. 2327) expresó que ellos estaban “mit hoher Wahrscheinlichkeit zumindest im Zugriffsbereich der Administration der USA” (‘con alta probabilidad al menos dentro del ámbito de la administración de los Estados Unidos’).

⁸⁸ Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. (nota 85), p. 2326, se refiere en el segundo principio guía (*Leitsatz*) de la sentencia al artículo 15 de la CT-ONU y aplica esta disposición a testimonios obtenidos bajo tortura por autoridades extranjeras (“[...] Verbot der gerichtlichen Verwertung von durch Folter herbeigeführten Aussagen, das [...] auch bei im Ausland durch Organe anderer Staaten mittels Einsatzes von Folter herbeigeführten Aussagen eingreift” [‘[...] prohibición de valoración judicial de declaraciones provocadas por medio de tortura, que ... también opera en caso de declaraciones provocadas por medio de tortura en el extranjero por parte de órganos de otros Estados’]). Además, en su tercer principio guía, el Tribunal sostuvo que el § 136.a OPP también es aplicable, por analogía, si tales medios de interrogación prohibidos son practicados por autoridades extranjeras y constituyen una flagrante violación de la dignidad humana (“[...] auf die Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden durch Angehörige anderer Staaten entsprechend anwendbar, sofern die Erkenntnisse, um deren Verwertung es geht, unter besonderes krassem Verstoß gegen die Menschenwürde zu Stande gekommen sind” [‘[...] aplicable correspondientemente a la utilización de métodos de interrogación inadmisibles por parte de miembros de otros Estados, en tanto los reconocimientos, de cuya valoración se trata, hayan sido obtenidos a través de una violación especialmente crasa de la dignidad humana’]).

Según la distinción hecha en la introducción, entre la obtención proactiva de la prueba mediante el traslado del sospechoso a estados que practican la tortura (primera situación) y la obtención más bien accidental de tal evidencia (segunda situación), estos casos corresponden a la segunda situación. Sin embargo, si (aun) en esta situación la admisión de prueba obtenida por medio de tortura debe ser considerada legalmente imposible, entonces lo mismo vale *a fortiori* para la primera situación. En cuanto al subsiguiente análisis, esto significa que la segunda situación debe ser examinada en primer lugar y la primera solo debe serlo si la prueba obtenida por medio de tortura es considerada admisible en esta (segunda) situación.

3.1. El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura a la luz del derecho internacional

El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura puede ser incompatible con el artículo 15 de la CT-ONU y el principio del juicio justo tal como es reconocido especialmente en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia respectiva.

3.1.1. Artículo 15 de la Convención sobre la Tortura

3.1.1.1. Ratio y alcance

El artículo 15 de la CT-ONU es la única regla universal⁸⁹ que explícitamente excluye la prueba obtenida por medio de tortura:

Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

⁸⁹ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (adoptada en la Asamblea General de la OEA en su 15.º período ordinario de sesiones, Cartagena de Indias [Colombia], 9.12.1985) tiene una regla similar en su artículo 10: "Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por este medio el acusado obtuvo tal declaración".

Los *travaux* de la CT-ONU⁹⁰ demuestran que esta regla obligatoria fue incluida en la Convención esencialmente por dos razones. La primera era la salvaguarda de la lealtad del proceso, dado que toda declaración hecha bajo tortura es, como ha sido expuesto, susceptible de ser no fiable. La segunda razón era desalentar el uso de la tortura eliminando uno de los principales incentivos para aplicarla. Además, en última instancia, el artículo 15 de la CT-ONU refleja el “más amplio principio”,⁹¹ también expresado en la regla 95 de las RPP del TPIY y el TPIR y en el artículo 69.7.b del ECPI, de la salvaguarda de la integridad del proceso (judicial).⁹² Impidiendo el uso de la prueba obtenida por medio de tortura en el proceso judicial, el artículo 15 de la CT-ONU no solo asegura que sea excluida la prueba no fiable, sino también la prueba que “abusa[ría] y degrada[ría] el proceso”⁹³ e “involucra[ría] al Estado en una contaminación moral”.⁹⁴ El artículo 15 de la CT-ONU no solo es aplicable —obviamente— a la situación “clásica” en que el Estado utiliza la prueba que él mismo ha obtenido en un juicio penal contra el acusado (torturado),⁹⁵ sino también a la prueba obtenida mediante tortura en otro estado. Esto se sigue ya de una interpretación literal, dado que el artículo 15 de la CT-ONU no limita la exclusión a la prueba propia (nacional) obtenida mediante tortura, sino que establece de manera general que “ninguna declaración [...] hecha como resultado de tortura” será invocada como prueba “en ningún procedimiento”; esto es, la prueba obtenida mediante tortura no es admisible independientemente de su proveniencia,⁹⁶ inclusive la

⁹⁰ Tal como narrado por Burger y Danelius: o. cit. (nota 42), p. 148.

⁹¹ *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 39 (Lord Bingham) (“wider principle”).

⁹² La disposición no se extiende a los procedimientos administrativos llevados a cabo por la rama ejecutiva; para una discusión T. Thienel: “Foreign Acts of Torture and the Admissibility of Evidence”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2006, n.º 4, pp. 401-409, p. 406.

⁹³ *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 39 (Lord Bingham) (“abuse and degrade the proceedings”). Lord Bingham remite a *United States v. Toscanino*, 500 F.2d 267, 276 (2d Cir. 1974) pero esta Corte lo expresó de una manera un poco diferente: “Drawing again from the field of civil procedure, we think a federal court’s criminal process is abused or degraded where it is executed against a defendant who has been brought into the territory of the United States by the methods alleged here” (“Partiendo otra vez del campo del proceso civil pensamos que un proceso penal ante una Corte federal es abusado o degradado cuando se ejecuta contra un acusado que ha sido traído al territorio de los Estados Unidos por los métodos aquí alegados”).

⁹⁴ *The people (Attorney General) v O’Brien* (1965) IR 142, 150 (“involve the state in moral defilement”); reimpresso en *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 17, 39 (Lord Bingham).

⁹⁵ Esto es, prueba obtenida aplicando tortura al acusado o a otras personas que puedan incriminarlo; al respecto, véase Thienel: o. cit. (nota 3), pp. 358-359; Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 7; sobre la aplicación de prueba derivada, esto es, de prueba obtenida a partir de una declaración hecha bajo tortura, véase Pattenden: o. cit. (nota 40), pp. 8-10.

⁹⁶ Para el mismo resultado T. Bruha: “Folter und Völkerrecht”, en *Das Parlament, Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2006, n.º 36, disponible en <www.bundestag.de/dasparlament/2006/36/Beilage/003.html> (consultado el 25 de febrero de 2008); Thienel: o. cit. (nota 3), pp. 360-361; Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 10; véase también Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. (nota 85), segundo principio guía como citado supra en la nota 88.

prueba que se haya obtenido con base en aquella (efecto extendido).⁹⁷ El ilimitado alcance de la disposición puede ser explicado por su *ratio*, a saber: eliminar incentivos para el uso de tortura, así como impedir la producción de prueba no fiable y cualquier perjuicio a la integridad del proceso; la proveniencia de la prueba no altera su naturaleza ilícita y sus efectos negativos. Además, si los proyectistas hubieran querido limitar el alcance de la disposición, fácilmente habrían podido hacer lo que hicieron con respecto a otras obligaciones que surgen de la CT-ONU (véase, por ejemplo, el artículo 2.1, 12 y 13).⁹⁸ De hecho, ellos han actuado así con respecto a la utilización (excepcional) de la prueba obtenida mediante tortura en contra del torturador con el fin de probar la existencia de la declaración bajo tortura (véase el artículo 15, última parte). Sin embargo, una aplicación extensiva de esta excepción por vía de analogía a otros casos contra el torturador, como recientemente ha sugerido Scharf,⁹⁹ ha de ser rechazada.

Scharf sostiene que las declaraciones biográficas de los detenidos del centro de tortura Tuol Sleng de los Jemeres Rojos, en Camboya, deberían ser admitidas como prueba en el juicio contra los líderes de los Jemeres Rojos ante las cámaras extraordinarias del tribunal internacional establecido por la ONU.¹⁰⁰ Scharf es bien consciente del riesgo de que tal excepción socave el artículo 15 de la CT-ONU y en consecuencia propone cuatro criterios que deberían ser satisfechos para que un tribunal pueda considerar prueba obtenida mediante tortura. Primero, tal prueba nunca debe ser utilizada en un proceso donde el acusado sea la víctima de dicho abuso. Segundo, nunca debe ser utilizada cuando las autoridades de persecución estuvieran directa o indirectamente involucradas en los actos de maltrato. Tercero, tal prueba tampoco debe ser considerada a menos que haya sido suficientemente corroborada. Cuarto, no debería ser admitida si, con esfuerzos razonables, la autoridad de persecución pudiera obtener prueba no manchada que fuera efectiva para establecer la responsabilidad penal.¹⁰¹

⁹⁷ M. Nowak y E. McArthur: *The UN Convention against Torture*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2008, artículo 15, nm. 2, p. 75 ss., 88; concordante A. Esser: "EGMR in Sachen Gäfgen v. Deutschland (22978/05), Urt. v. 30.06.2008", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, pp. 657-662, p. 659; en el resultado también Möhlenbeck: o. cit. (nota 46), pp. 162 ss.

⁹⁸ *A and others v. Secretary of State for the home Department* (n.º 2) [2004] EWCA Civ 1123, [2005] 1 WLR 414, también disponible en <www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1123.html> (consultado el 25 de febrero de 2008), § 448 (en adelante *A and others*, EWCA).

⁹⁹ Scharf: o. cit. (nota 62), pp. 159 ss.

¹⁰⁰ Véase <www.eccc.gov.kh>; para una explicación general del marco jurídico véase S. Kashyap: "The Framework of Prosecutions in Cambodia", en K. Ambos y M. Othman: *New Approaches in International Criminal Justice*, Friburgo: IUSCRIM, 2003, pp. 189-205.

¹⁰¹ Scharf: o. cit. (nota 62), p. 170.

Aunque sea difícil de aceptar que acusados como los líderes de los Jemeres Rojos saquen ventaja del artículo 15 de la CT-ONU —esto es, una disposición que ciertamente no estaba destinada a ampararlos frente a la responsabilidad penal—, el daño causado a la legitimidad de un proceso contra torturadores *que se basa esencialmente en prueba obtenida mediante tortura* no debería ser subestimado y ciertamente no puede ser superado por los cuatro criterios propuestos por Scharf. En efecto, estos criterios no se relacionan con la cuestión de la integridad o lealtad del proceso, sino que sacrifican estas consideraciones en nombre de la “eficiencia probatoria”¹⁰² con vistas a condenar acusados con la mayor facilidad posible. Tal “flexibilidad” —uno de cuyos ejemplos recientes es el proceso contra Saddam Hussein—¹⁰³ perjudica, a largo plazo, a la justicia penal internacio3.1.1.2. El impacto del artículo 15 de la CT-ONU en el derecho doméstico

La CT-ONU, como un tratado internacional, no tiene fuerza vinculante en el derecho local, a menos que se le haya dado efecto a través de una incorporación explícita, sea a través de un acto del parlamento o ley o, además, en algunas jurisdicciones de *common law*, a través de principios de derecho consuetudinario internacional.¹⁰⁴ Esto significa que la CT-ONU solo es parte del derecho alemán, pero no del derecho interno inglés, porque solo en el primero el acto legislativo correspondiente ha sido adoptado por el parlamento.¹⁰⁵ Si el tratado en cuestión puede ser aplicado directamente (en parte) por tribunales locales depende de la naturaleza y el contenido de sus normas, esto es, si ellas son lo suficientemente claras y precisas para ser autoejecutorias (*self executing*) con respecto a individuos sin necesidad de una clarificación ulterior por disposiciones locales.¹⁰⁶ De otra forma, el efecto de ese tratado estaría limitado a imponer una obligación general de adaptar el orden jurídico a los objetivos establecidos por sus reglas.¹⁰⁷

En *A and Others*, el juez Lord Neuberger negó que el artículo 15 de la CT-ONU fuera autoejecutorio en los tribunales ingleses, dado que está dirigido a “todo Estado parte”.¹⁰⁸ Sin embargo, este no es un argumento convincente, dado que los tratados

¹⁰² “[E]videntiary efficiency.”

¹⁰³ “[F]lexibility”; véase K. Ambos y P. Said: “Das Todesurteil gegen Saddam Hussein”, en *Juristen Zeitung*, 2007, n.º 62, pp. 822-828.

¹⁰⁴ Respecto del Reino Unido, véase *A and others*, HL, loc. cit. (nota 82), § 27 (Lord Bingham), con ulteriores referencias; respecto de Alemania véase el artículo 59.2 de la Ley Fundamental (Grundgesetz); véase también K. Doehring: *Völkerrecht*, Heidelberg: Müller, 2.ª ed., 2004, nm. 708 ss.; P. Malanczuk: *Akehurst's modern introduction to international law*, Londres: Routledge, 7.ª ed., 2007, p. 65 ss.

¹⁰⁵ BGBl, 1990 II, p. 246.

¹⁰⁶ Véase Doehring: o. cit. (nota 104), nm. 731, 735; M. Herdegen: *Völkerrecht*, Múnich: Beck, 7.ª ed., 2008, § 22, nm. 5; P. Kunig, en W. G. Vitzhum (ed.): *Völkerrecht*, Berlín: de Gruyter Recht, 3.ª ed., 2004, n.º 99.

¹⁰⁷ Véase también Thienel: o. cit. (nota 3), pp. 351 ss.

¹⁰⁸ *A and others*, EWCA: o. cit. (nota 98), § 435 (“each state party”).

internacionales no siempre distinguen entre el gobierno y otros órganos del Estado.¹⁰⁹ Más bien, el hecho de que el artículo 15 de la CT-ONU obliga a los estados parte a asegurar que la prueba obtenida mediante tortura no sea invocada en procesos (judiciales) da a entender que está dirigido a la rama judicial.¹¹⁰ El mismo punto de vista ha sido seguido por el Tribunal Federal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht),¹¹¹ aunque la jurisprudencia del Comité contra la Tortura de la ONU y la práctica de los estados no son uniformes.¹¹²

Sea como fuere, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo aplicó el artículo 15 de la CT-ONU como una regla de exclusión local autoejecutoria.¹¹³ Aun cuando no se quiera ir tan lejos en contra de una concepción dualista, no puede negarse que el artículo 15 de la CT-ONU es obligatorio para los estados parte de la CT-ONU y, como tal, esa disposición informa la interpretación del derecho y la práctica locales respectivos. Por consiguiente, la House of Lords usó correctamente el artículo 15 de la CT-ONU como una pauta para interpretar el derecho interno inglés y sus obligaciones según el CEDH.¹¹⁴

3.1.2. El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

En el CEDH no hay una regla de exclusión explícita de la prueba obtenida por medio de tortura. La prohibición de tortura del artículo 3 del CEDH no se refiere a la cuestión de las consecuencias procesales por la violación de este derecho, en particular no establece una regla de exclusión.¹¹⁵ A pesar de ello, tal regla puede ser inferida de una

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 6.1 del CEDH; véase también Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. (nota 85), p. 2328; Thienel: o. cit. (nota 3), p. 352.

¹¹⁰ Véase también Thienel: o. cit. (nota 3), p. 352.

¹¹¹ BVerfG, decisión del 31 de mayo de 1994 reimpresa en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, n.º 47, p. 2883 ss.

¹¹² Para una discusión véase también Thienel: o. cit. (nota 3), p. 353.

¹¹³ Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. (nota 85), p. 2326: "innerstaatlich unmittelbar geltendes und im Strafverfahren zu beachtendes Verbot der gerichtlichen Verwertung [...]" ("directamente vigente en el derecho interno y prohibición de valoración judicial a observar en el proceso penal [...]").

¹¹⁴ Ídem, *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 27 (Lord Bingham): Los recurrentes "rely on the well established principle that the words of a United Kingdom statute, passed after the date of a treaty and dealing with the same subject matter, are to be construed, if they are reasonably capable of bearing such a meaning, as intended to carry out the treaty obligation and not to be inconsistent with it" ("se basan en el muy afianzado principio de que el texto de una ley del Reino Unido, aprobada luego de la fecha de un tratado y referida al mismo tema, debe ser interpretado, si razonablemente es capaz de tener tal significado, como si estuviera destinado a cumplir la obligación del tratado y no como si fuera incompatible con él") (con cita de Garland v British Rail Engineering Ltd. [1983] 2 AC 751, 771).

¹¹⁵ Zur Begründung eines Verwertungsverbots nun Esser: o. cit. (nota 97), p. 658 s.

interpretación sistemática y teleológica del principio del juicio justo consagrado en el artículo 6.1 del CEDH en concordancia con el artículo 3 del CEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no prescribe reglas de admisibilidad de la prueba, sino que en este punto deja a los estados parte una amplia discreción.¹¹⁶ Este tribunal solamente examina —en una especie de evaluación del efecto general— si el proceso en su totalidad fue justo. Por consiguiente, en *Schenk contra Suiza* sostuvo que su tarea no era decidir “como una cuestión de principio y en abstracto” si la prueba —que fue obtenida en contra del derecho local— podía ser admisible en juicio sin privar al recurrente de su derecho a un juicio justo, sino analizar si el proceso en su totalidad fue justo.¹¹⁷ Adoptando este punto de vista el TEDH hizo hincapié en el hecho de que la conversación telefónica registrada ilícitamente no era la única prueba sobre la cual se basaba la condena del acusado¹¹⁷ y que él tuvo oportunidad suficiente para cuestionar la autenticidad de la grabación.¹¹⁹ Por lo tanto, en el caso de prueba obtenida en violación del artículo 8 del CEDH (derecho a una vida privada y familiar), el TEDH estableció que la admisión de tal prueba solo viola el artículo 6.1 del CEDH si el proceso en un todo no fue justo.¹²⁰ *In casu*, el TEDH lo negó, tomando en consideración la naturaleza de la violación y la oportunidad del acusado de cuestionar la autenticidad de la prueba involucrada.¹²¹

El TEDH ha adoptado, sin embargo, un punto de vista diferente con respecto a los tratamientos inhumanos y degradantes de acuerdo con el artículo 3 del CEDH. En el caso *Jalloh contra Alemania*¹²² declaró —luego de repetir el principio general de una evaluación general— que respecto de prueba obtenida mediante métodos constitutivos de una violación del artículo 3 del CEDH eran aplicables consideraciones diferentes, dado que esta norma protege uno de los valores más fundamentales de la sociedad y,

¹¹⁶ *Schenk v. Switzerland*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 10862/84, § 46 (12 de julio de 1988); *Miailhe v. France* n.º 2 Eur. Ct. H.R., Application n.º 18978/91, § 43 (26 de septiembre de 1996).

¹¹⁷ *Schenk v Switzerland*, loc. cit. (nota 116), § 46 (“as a matter of principle and in abstract”).

¹¹⁸ Ídem, § 48.

¹¹⁹ Ídem, § 47; *Kahn v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 35394/97, § 38 (12 de mayo de 2000).

¹²⁰ *Kahn v. United Kingdom*, loc. cit. (nota 119), § 34; véase también *P. G. and J. H. v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 44787/98, § 76 ss. (25 de septiembre de 2001), donde se subraya que la prueba viciada era “no the only evidence against the applicants” (“no era la única prueba contra los recurrentes”) (§ 79).

¹²¹ *Kahn v. United Kingdom*, loc. cit. (nota 119), § 38 ss.; *P. G. and J. H. v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 44787/98, § 79 ss. (25 de septiembre de 2001). Véase también J. Meyer-Ladewig: *Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2.ª ed., 2006, artículo 6, nm. 55.b.

¹²² En el caso *Jalloh v. Germany* la policía había suministrado por la fuerza al recurrente, que era sospechoso de tráfico de drogas, un vomitivo, con el fin obtener la droga escondida en su cuerpo y utilizarla como evidencia en su contra.

a diferencia de otras disposiciones, no admite excepciones.¹²³ Aunque el TEDH dejó abierta la cuestión de si la admisión de prueba obtenida por tratamientos inhumanos y degradantes convierte por sí misma al proceso en injusto,¹²⁴ fue más explícito con respecto a la tortura:

[...] prueba incriminatoria —sea en la forma de una confesión o de prueba material— obtenida como resultado de actos de violencia o brutalidad u otras formas de tratamiento que puedan ser caracterizados como tortura nunca debería ser usada como prueba de la culpabilidad de la víctima, independientemente de su valor probatorio. Cualquier otra conclusión solo serviría para legitimar indirectamente la clase de conducta moralmente reprensible que los autores del artículo 3 de la Convención buscaron proscribir [...].¹²⁵

De alguna manera, con esta clara exclusión de la prueba obtenida por tortura el TEDH hizo hincapié en la naturaleza y la gravedad de la violación, y por ello hizo lo mismo que ya había hecho *in abstracto* en *Kahn contra Reino Unido*.¹²⁶ También vale la pena mencionar que el TEDH limitó el alcance de su afirmación a “prueba incriminatoria [...] usada como prueba de la culpabilidad de la víctima”,¹²⁷ permitiendo así, aparentemente, la admisión de prueba obtenida por medio de tortura a favor del acusado. Aunque este punto de vista puede rendir homenaje al amplio derecho de defensa del acusado del artículo 6.3.c del CEDH, está en conflicto sin embargo con la *ratio* de la regla de exclusión del artículo 15 de la CT-ONU y, en consecuencia, debería ser rechazado.¹²⁸

En todo caso, el TEDH confirmó su posición en *Harutyunyan contra Armenia*. La cuestión del caso se refería a si el acusado había sido privado de un proceso justo por la admisión de su confesión y de otras declaraciones incriminatorias de terceros que habían

¹²³ *Jalloh v. Germany*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 54810/00, § 99 (11 de julio de 2006).

¹²⁴ Ídem, § 107.

¹²⁵ Ídem, § 105.

¹²⁶ *Kahn v. United Kingdom*, loc. cit. (nota 119), § 34 (“Incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe [...]”).

¹²⁷ “[I]ncriminating evidence [...] relied on as proof of the victims guilt”.

¹²⁸ Para un enfoque flexible Pattenden: o. cit. (nota 40), pp. 11, 36 ss., quien sostiene que la exclusión depende de la importancia de la prueba para el acusado; si es crucial para su defensa, la exclusión sería injusta; véase también infra nota 160 y en el texto principal.

sido arrancadas por medio de tortura. El TEDH resolvió —recordando expresamente los principios desarrollados en *Jalloh contra Alemania*—¹²⁹ que “independientemente del impacto que las declaraciones obtenidas bajo tortura tuvieron sobre el resultado del proceso penal contra los recurrentes, el uso de esta prueba convierte a su juicio como un todo en injusto”.¹³⁰ Luego de arribar a esta conclusión, el tribunal no halló necesario ocuparse de la diferente cuestión de si la admisión de prueba obtenida por medio de tortura lesiona el derecho a no autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*).¹³¹ Aunque el alcance de este derecho se limita a declaraciones inculpativas en perjuicio del acusado, es altamente relevante en nuestro caso.¹³²

Este derecho, aunque no explícitamente mencionado en el artículo 6 del CEDH, es un principio internacionalmente reconocido y, en cierto modo, la otra cara de la presunción de inocencia consagrada en el artículo 6.2 del CEDH.¹³³ De él se sigue que la autoridad de persecución penal debe intentar probar su caso sin recurrir a prueba que ha sido obtenida del acusado mediante opresión de su voluntad. De lo contrario, el tribunal debe decidir si el uso de tal prueba constituye una violación no justificada del derecho a la luz de todas las circunstancias del caso.¹³⁴ Dado que su razón subyacente es respetar y proteger la voluntad del acusado y evitar una injusticia (*miscarriage of justice*),¹³⁵ es evidente que cualquier declaración obtenida mediante tortura —en cuanto método que explícitamente se propone quebrar la voluntad del sospechoso y tiende a producir confesiones falsas— constituye una flagrante violación de este derecho y en consecuencia debe ser excluida para preservar un juicio justo. *Last but not least*, en el reciente caso *Gäfgen*¹³⁶ la Corte distinguió entre el uso de prueba que fue resultado directo de una violación del artículo 3 del CEDH y el uso de aquella que fue solo el fruto (indirecto) de tal violación. Mientras que en el primer caso la prueba “nunca debería estar basada en ella para probar la culpabilidad de la víctima, independientemente de su valor probatorio”,¹³⁷ en

¹²⁹ *Harutyunyan v. Armenia*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 36549/03, § 63 (28 de junio de 2007).

¹³⁰ Ídem, § 66 (“regardless of the impact of the statements obtained under torture had on the outcome of the applicant’s criminal proceedings, the use of this evidence rendered his trial as a whole unfair”).

¹³¹ Ídem, § 67.

¹³² Véase también Thienel: o. cit. (nota 3), pp. 356-357, 362; ídem: o. cit. (nota 92), p. 404 (sin otros argumentos).

¹³³ Meyer-Ladewig: o. cit. (nota 121), artículo 6, nm. 52. Véase también, respecto de los tribunales penales internacionales: K. Ambos: “The Right of Non Self-incrimination of Witnesses Before the ICC”, en *Leiden Journal of International Law*, 2002, n.º 15, pp. 155-177, p. 156 ss.

¹³⁴ *Saunders v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 19187/91, § 68 ss. (17 de diciembre de 1996).

¹³⁵ Ídem, § 68 ss.

¹³⁶ *Gäfgen v. Germany*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 22978/05, § 99, 105 ss. (30 de junio de 2008).

¹³⁷ *Ibidem*, § 99 (“should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value”).

el último caso hay por lo menos una “fuerte presunción” de que el uso de tal prueba tacharía al juicio en su conjunto de injusto.¹³⁸

En suma, la jurisprudencia reciente del TEDH considera que la admisión de prueba obtenida por medio de tortura lesiona el juicio justo en el sentido del artículo 6.1 del CEDH, dado que la tortura es tan grave que su uso convertiría al procedimiento en su conjunto en injusto.¹³⁹ Aunque el tribunal no se refiere específicamente al uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura, la jurisprudencia analizada, especialmente con respecto a la importancia dada a la protección frente a la tortura, da a entender que para el tribunal sería indiferente si la prueba fue obtenida por medio de tortura provocada por terceros. En efecto, en *Schenk contra Suiza* el tribunal no cuestionó el hecho de que la grabación fuera hecha por un particular, es decir, como en el caso de autoridades nacionales extranjeras, no podía ser atribuida directamente al Estado, sino que esencialmente se centró en la naturaleza de la violación en el marco de una ponderación de intereses.¹⁴⁰ Esto significa que la cuestión decisiva es si la naturaleza de la violación —como el interés lesionado del acusado— es tal que superaría el interés del Estado a usar dicha prueba y en consecuencia convertiría al proceso en su conjunto en injusto.

Es interesante notar que a la misma conclusión llegó la Casa de los Lores en su decisión en *A and others*. Si bien en el momento de la decisión de los Lores el TEDH no había aún decidido el caso *Harutyunyan contra Armenia*, Lord Bringham de Cornhill expresó que él tenía pocas dudas en cuanto a que el tribunal habría considerado que la admisión de prueba obtenida por medio de tortura constituye una violación del artículo 6.1 del CEDH.¹⁴¹ Para llegar a esta conclusión, los lores invocaron el artículo 15 de la

¹³⁸ *Ibidem*, § 105 (“strong presumption”).

¹³⁹ Concordantemente Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 34 ss.; K. Gaede: *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, p. 322; Thienel: o. cit. (nota 92), 404; S. Lubig y J. Sprenger: “Beweisverwertungsverbote aus dem Fairnessgebot des Art. 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, disponible en <www.zis-online.com>, 2008, n.º 3, pp. 433–440, p. 439, quienes sin embargo solo quieren aceptar la prohibición de valoración en caso de violación de los derechos de participación; S. Talmon: “Der Anti-Terror-Kampf der USA und die Grundrechte”, en A. Kämmerer (coord.): *An den Grenzen des Staates*, Berlín, Duncker & Humblot, 2008, p. 75, p. 94 ss., quien en forma similar resalta el “Anspruch auf materielle Beweisteilhabe” (derecho a participación material en la producción de prueba) (p. 98); Esser: o. cit. (nota 97), pp. 661 s., con una triple diferenciación; Möhlenbeck: o. cit. (nota 46), p. 171.

¹⁴⁰ Véase también Thienel: o. cit. (nota 3), p. 362.

¹⁴¹ *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 26 (Lord Bingham). Véase también Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 13, que destaca correctamente la gravedad de la violación.

CT-ONU para interpretar la garantía del juicio justo del artículo 6 de la CADH,¹⁴² incorporado en el derecho británico con la Ley de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*).¹⁴³ Este enfoque es correcto, dado que el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁴ prevé que “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” deberá ser tomada en consideración para interpretar los tratados internacionales. El propio TEDH invocó la definición de tortura del artículo 1 de la CT-ONU para dar al término *tortura* del artículo 3 del CEDH un significado más concreto.¹⁴⁵ La referencia al artículo 15 de la CT-ONU también es convincente porque es la única disposición con alcance universal que se ocupa explícitamente de nuestra cuestión y da a ella una clara respuesta, esto es, la absoluta exclusión de la prueba obtenida por medio de tortura independientemente de su proveniencia. Dado el estatus de la CT-ONU como tratado internacional y la importancia fundamental de la prohibición de tortura en derecho internacional, esta es una respuesta final y de autoridad.

3.2. El uso transnacional de prueba obtenida por tortura a la luz de la tradición de civil law alemana y de common law inglesa

Como resulta de las referencias esporádicas al derecho (jurisprudencial) alemán e inglés en el texto precedente, la posición de estas dos jurisdicciones en relación con nuestra cuestión es muy similar. Dado que estas jurisdicciones pertenecen a diferentes familias jurídicas (el *civil law* romano germánico y el *common law* angloamericano) y como tal se aproximan de manera diferente al problema de la prueba obtenida ilícitamente, un resultado similar o idéntico con respecto a nuestra cuestión produciría un fuerte argumento y punto de partida para un principio general de derecho en el sentido del artículo 38.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁴² *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 29 (Lord Bingham).

¹⁴³ R. May y S. Powles: *Criminal Evidence*, Londres: Sweet & Maxwell, 5.ª ed., 2004, p. 369; la Human rights Act 1998 está disponible en <www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1> (consultada el 25 de febrero de 2008).

¹⁴⁴ Adoptada el 22 de mayo de 1969; en vigor desde el 27 de enero de 1980, UN-Treaty Series vol. 1155, p. 331.

¹⁴⁵ *Selmouni v. France*, E. Ct. H.R., Application n.º 25803/94, § 97 (28 de julio de 1999).

3.2.1. Alemania: el § 136.a de la Ordenanza Procesal Penal

La cuestión del uso de prueba obtenida ilícitamente en Alemania ha sido enormemente influida por la teoría de Ernst Beling de las *prohibiciones probatorias* (*Beweisverbote*), publicada tempranamente en 1903.¹⁴⁶ La idea básica de esta teoría es que el interés público en averiguar la verdad en un proceso penal puede ser superado por intereses privados protegidos como derechos o garantías fundamentales. Como el Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof, BGH) señaló:

Aunque el objetivo del proceso penal es descubrir la verdad, en un Estado constitucional la verdad no puede ser perseguida a cualquier precio.¹⁴⁷

El § 136.a de la Ordenanza Procesal Penal alemana (OPP) contiene una regla de exclusión obligatoria para toda la prueba obtenida por medio de tortura por las autoridades nacionales. Si bien la *tortura* no está expresamente mencionada en el apartado 1 de esta disposición, los métodos enumerados en este apartado pueden llegar a constituir tortura. Aunque hay muchas reglas en la OPP para la salvaguarda de derechos individuales, el § 136.a es uno de los pocos casos en que el derecho explícitamente dispone una prohibición absoluta de utilizar en el proceso esa prueba ilícita. La razón de tal estricta regla de exclusión es la protección de la dignidad humana consagrada en el artículo 1 de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental), la *Grundnorm* (norma fundamental) de la Constitución alemana.¹⁴⁸ Forzar al acusado por medio de torturas o medios similares a hacer una declaración lo degradaría a *objeto* del procedimiento penal, lo cual es incompatible con su estatus de parte procesal¹⁴⁹ y con su dignidad. La regla de exclusión también es aplicable a las declaraciones de testigos.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Beling: o. cit. (nota 4); véase también Senge: o. cit. (nota 4), antes del § 48, nm. 20.

¹⁴⁷ Decisión del 14 de junio de 1960, loc. cit. (nota 9), p. 365 = 1582; véase también la decisión del BGH del 17 de marzo de 1983, loc. cit. (nota 9), p. 309 = 1571.

¹⁴⁸ BVerfG, decisión del 19 de octubre de 1983, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, n.º 37, p. 428 ss., p. 428; BGH, decisión del 16 de febrero de 1954, en BGHSt 5, p. 332, p. 333 = *Neue Juristische Wochenschrift*, 1954, n.º 7, p. 649 ss., p. 649.

¹⁴⁹ BGH, decisión del 16 de febrero de 1954, loc. cit. (nota 148), p. 333 = 649: "Der Beschuldigte ist Beteiligter, nicht Gegenstand des Strafverfahrens" ('El imputado es un sujeto, no un objeto del proceso penal') (argumentando en contra del uso de un detector de mentiras).

¹⁵⁰ El § 69 III OPP establece que el § 136.a OPP también es aplicable a testigos.

Aunque el § 136.a de la OPP se dirige de manera explícita únicamente a las autoridades nacionales¹⁵¹ y, en consecuencia, no es directamente aplicable a terceros,¹⁵² incluidas las autoridades extranjeras, por lo general se reconoce que, independientemente de su proveniencia, la prueba no puede ser utilizada si fue obtenida de una manera que constituye una violación especialmente grave de la dignidad del acusado. En tal situación —por ejemplo, en el caso de prueba obtenida por medio de tortura— ha de ser aplicado analógicamente el § 136.a.3 de la OPP.¹⁵³ De hecho, en *Motassadeq*, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo sostuvo que la regla de exclusión también es aplicable en caso de prueba obtenida por medio de tortura por órganos de otro Estado.¹⁵⁴ Por varias razones, este es el punto de vista correcto. Antes que nada, el uso de tal prueba por un tribunal nacional sería en sí mismo una violación de las obligaciones a que el Estado se ha comprometido por la CT-ONU. Como se ha concluido antes (3.1.1.1), el artículo 15 de la CT-ONU excluye cualquier declaración obtenida por medio de tortura independientemente de su origen. Además, una lectura conjunta de las obligaciones que se derivan de la CT-ONU, en particular de los artículos 2.1, 4 y 14.1, y el estatus de *ius cogens* de la prohibición lleva a la conclusión de que el Estado debe hacer todo lo que está dentro de su poder para prevenir y abstenerse de consentir hechos de tortura.¹⁵⁵ Aunque la obligación del Estado de proteger a las personas frente a la tortura, incluso

¹⁵¹ BGH, decisión del 6 de diciembre de 196, en BGHSt 17, p. 14, p. 19 = *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, n.º 15, p. 598 ss., p. 598; L. Meyer-Goßner: *Kurzkommentar zur Strafprozessordnung*, Múnich: Beck, 50.ª ed., 2007, § 136.a, nm. 2.

¹⁵² Meyer-Goßner: o. cit. (nota 151), § 136.a, nm. 3.

¹⁵³ Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. (nota 85), segundo principio guía tal como se cita supra en la nota 88; Meyer-Goßner: o. cit. (nota 151), § 136.a, nm. 3; Jahn: o. cit. (nota 4), C 102, 103; véase también la decisión del Tribunal Superior estadual de Celle (OLG Celle) del 19 de septiembre de 1984, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, n.º 38, p. 640 ss., p. 641 (sobre la aplicación analógica del principio nemo tenetur a particulares); dejando la cuestión abierta recientemente BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 643. Para una prohibición de valoración probatoria de resultados obtenidos por particulares por medios penalmente sancionados o mediante violación de la dignidad humana cf. Decisiones 12.c, cc y dd de la Sección de Derecho Penal del 67. *Deutschen Juristentag* 2008: o. cit. (nota 4).

¹⁵⁴ Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. (nota 85), tercer principio guía tal como se cita supra en la nota 88, p. 2329; en el mismo sentido también Meyer-Goßner: o. cit. (nota 151), § 136.a, nm. 3; S. Gleß, en Löwe-Rosenberg: *Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, t. 2, Berlín et al.: de Gruyter, 25.ª ed., 2004, § 136.a, nm. 79.

¹⁵⁵ En el mismo sentido Lord Bingham, *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 34: "There is reason to regard it a duty of state, [...] to reject the fruits of torture inflicted in breach of international law" ('Hay razón para considerar un deber de Estado [...] rechazar el fruto de tortura infligida en infracción del derecho internacional'), remitiendo a varias fuentes internacionales; también Thienel: o. cit. (nota 3), p. 363 ss.; críticamente Pattender: o. cit. (nota 40), p. 15 ss.; Scharf: o. cit. (nota 62), p. 23.

por particulares,¹⁵⁶ solo puede extenderse a su territorio,¹⁵⁷ queda en la decisión soberana de los tribunales aceptar o no en un proceso penal prueba obtenida por autoridades de otro Estado por medio de tortura. Si se aceptara esta prueba, se enviaría el mensaje contradictorio de que la tortura por algunos es inadmisibles, pero por otros podría ser tolerada, como si esto cambiara la naturaleza del acto de tortura como ataque patente a la dignidad humana. Admitir la prueba obtenida por medio de tortura minaría, por tanto, el efecto disuasivo general de la regla de exclusión, es decir, desalentar a las autoridades nacionales —o, en este caso, extranjeras— respecto al uso de la tortura.¹⁵⁸ Segundo, el uso de prueba obtenida por medio de tortura revictimizaría a la víctima de la tortura, atacando nuevamente su dignidad.¹⁵⁹ Tercero, la no fiabilidad de la prueba obtenida por medio de tortura, antes demostrada (sección 2.1.1), otra razón para no admitir tal evidencia, no cambia según la proveniencia de la prueba. Por último, aunque no menos importante: la prueba obtenida bajo tortura que es admitida en el proceso dañaría siempre, provenga de donde provenga, la integridad del proceso (sección 2.1.2).

Por las mismas razones, no parece que deba hacerse una excepción a la aplicación estricta de la regla de exclusión, en caso de que la prueba obtenida por tortura opere a favor del acusado.¹⁶⁰ El hecho de que el § 136.a de la OPP esté destinado, en principio, a proteger al acusado no cambia la evaluación crítica de conjunto del uso de prueba obtenida por medio de tortura. El efectivo ejercicio del derecho de defensa (véase la sección

¹⁵⁶ Meyer-Ladewig: o. cit. (nota 121), artículo 3, nm. 3.

¹⁵⁷ Cf. artículo 2.1 de la CT-ONU: “bajo su jurisdicción”; artículo 3 del CEDH en conexión con el artículo 1 del CEDH: “de su jurisdicción”; concordantemente Thienel: o. cit. (nota 3), p. 361; para una posible aplicación extraterritorial del CEDH en casos de extradición véase infra, sección 3.3.

¹⁵⁸ Para la mayoría de la doctrina alemana este efecto disuasivo es solo un efecto colateral, véase K. Volk: *Grundkurs StPO*, Múnich: Beck, 5.ª ed., 2006, § 28, nm. 7; críticamente desde la perspectiva del *common law*, Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 155 ss.; para May y Powles: o. cit. (nota 143), p. 298, no es función de los tribunales el disciplinar a la policía; M. Zander: *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Londres: Sweet & Maxwell, 5.ª ed., 2005, p. 362, hace referencia a la crítica de la Philips Royal Commission (N. del t.: El autor se refiere a la Comisión Real sobre Procedimiento Penal —Royal Commission on Criminal Procedure— presidida por Cyril Philips y que presentó su informe en enero de 1981).

¹⁵⁹ Véase Volk: o. cit. (nota 158), § 28, nm. 35.

¹⁶⁰ Este es el punto de vista mayoritario: K. Baujong, en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, Múnich: Beck, 5.ª ed., 2003, § 136.a, nm. 37; H. Diemer, ibídem, 6.ª ed., 2008, § 136.a, nm. 37; E. W. Hanack, en Löwe-Rosenberg: *Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, t. 2, Berlín et al.: de Gruyter, 25.ª ed., 2004, p. 63; Gleß: o. cit. (nota 154), § 136.a, nm. 71; Meyer-Goßner: o. cit. (nota 151), § 136.a, nm. 27; Volk: o. cit. (nota 158), § 28, nm. 24; para una excepción F. Dencker: *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Köln et al.: Heymann, 1977, p. 73 ss.; véase también BGH, decisión del 7 de mayo de 1953, en BGHSt 5, p. 290, pp. 290-291 según el cual la prohibición del § 136.a OPP no depende del resultado obtenido (distingue in casu entre una confesión verdadera y una falsa). Véase para la discusión internacional supra nota 128 y el texto respectivo.

3.1.2) no depende de la admisión de prueba obtenida por medio de tortura favorable al acusado.

3.2.2. Gran Bretaña: ¿regla de exclusión?

La aproximación del *common law* a la admisión de prueba (no de confesión) puede ser descrita como abiertamente *liberal* y sin principios, por cuanto básicamente admite toda evidencia que sea considerada relevante.¹⁶¹ Una conocida frase de un juez del siglo XIX lo expresa del siguiente modo: “No importa cómo la obtienes: incluso si la robas, sería admisible”.¹⁶² Solo hacia el final del último siglo esta posición ha devenido más restrictiva y permite a los jueces excluir prueba relevante¹⁶³ si fue obtenida ilegalmente y su admisión sería contraria a un juicio justo o lesionaría la regla contra la autoincriminación.¹⁶⁴ El gran avance actual, que da más peso a consideraciones de principios de derechos humanos, fue llevado a cabo con la Ley de Policía y Prueba Criminal de 1984 (*Police and Criminal Evidence Act 1984, PACE*)¹⁶⁵ y la Ley de Derechos Humanos de 1988 (*Human Rights Act 1998*), que incorporó el CEDH, especialmente su artículo 6.¹⁶⁶ El sistema actual puede ser descrito todavía como flexible, pues en general la admisibilidad de la prueba se decide sobre la base de un análisis del caso concreto por medio de una ponderación de intereses (derechos contra condena).¹⁶⁷

Las secciones 76.2 y 76.A.2 de la PACE prevén que las confesiones obtenidas por medio de “opresión” o a través de un interrogatorio y que resulten “no fiables” “no deberán” ser admitidas como evidencia.¹⁶⁸ Esto es una regla de exclusión¹⁶⁹ que primero

¹⁶¹ Véase May y Powles: o. cit. (nota 143), pp. 285-286; Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 13), pp. 148 ss.; Zander: o. cit. (nota 148), p. 360.

¹⁶² Citado según May y Powles: o. cit. (nota 143), p. 286.

¹⁶³ Sobre la importancia de la relevancia como la primera cuestión de admisibilidad, Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), pp. 96, 98 ss., pp. 150-151.

¹⁶⁴ Cf. May y Powles: o. cit. (nota 143), p. 286 ss.

¹⁶⁵ Sobre su importancia véase Zander: o. cit. (nota 158), p. 360 ss. (366); Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 147.

¹⁶⁶ La doctrina habla en este contexto de “constitucionalización” del derecho de la prueba penal, véase Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 175; véase también May y Powles: o. cit. (nota 143), pp. 304-306.

¹⁶⁷ Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 162: “[...] sensible relationship of proportionality between the seriousness of a rule violation and the implications for justice and public safety of excluding evidence [...]” (“sensata relación de proporcionalidad entre la gravedad de la violación de una regla y las implicancias para la justicia y la seguridad pública de la prueba a excluir [...]”).

¹⁶⁸ “[O]ppression”, “unreliable”, “shall not”.

¹⁶⁹ Véase también *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 15, donde Lord Bingham expresa que la importancia del principio reside en el hecho “that common law has refused to accept that oppression [...] should go to the

estaba justificada en la inherente falta de fiabilidad de tal evidencia y luego, además, en el principio *nemo ténetur* y en la importancia de un adecuado comportamiento de la policía para con las personas bajo su custodia.¹⁷⁰ El término *opresión* debe ser entendido de manera amplia, incluyendo en particular a la tortura (subsección 8).¹⁷¹ De acuerdo a la sección 78, el tribunal puede excluir prueba que pueda tener un “efecto adverso para un justo proceso”.¹⁷² Por lo tanto, el juez tiene discreción¹⁷³ para excluir prueba que, siguiendo la regla tradicional del *common law*, es admisible en principio, pero que *in casu* sería contraria a un juicio justo,¹⁷⁴ en particular si ella “ha sido obtenida de un modo indignante para los valores civilizados”.¹⁷⁵

Aunque el argumento del juicio justo fue reforzado con la Ley de Derechos Humanos, está íntimamente relacionado con la idea de preservar la *integridad moral* del procedimiento penal y evitar el *abuso de proceso*.¹⁷⁶ Esta última doctrina prohíbe “el ejercicio arbitrario, opresivo o abusivo del poder estatal”, en particular “recibir prueba en un procedimiento en curso, si al hacer ello se ayudaría o premiaría la comisión de alguno de tales ilícitos por una agencia del Estado”.¹⁷⁷ Sin embargo, aunque la sección

weight rather than the admissibility of the confession” (“que el *common law* ha rechazado aceptar que la opresión [...] deba referirse al peso más que a la admisibilidad de la confesión”).

¹⁷⁰ Ídem, § 16-17 con otras referencias. Véase también Zander: o. cit. (nota 158), p. 342.

¹⁷¹ “[O]ppression”; véase Zander: o. cit. (nota 158), pp. 347 ss.

¹⁷² “[A]dverse effect on the fairness of the proceedings.” El texto completo es más complicado: “In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it” (“En cualquier proceso, la Corte puede negarse a aceptar prueba que la autoridad de persecución propone que sea tenida en cuenta, si la Corte estima, considerando todas las circunstancias, incluidas las circunstancias en que la prueba fue obtenida, que la admisión de la prueba tendría tal efecto adverso para un justo proceso que la corte no deba admitirla”).

¹⁷³ Véase también la sección 82.3 PACE, que dispone que nada de la parte VIII de la Ley (referida a la prueba en el procedimiento penal en general) “shall prejudice any power of a court to exclude evidence at its discretion” (“menoscabará el poder de la Corte para excluir evidencia a su discreción”). Los antecedentes históricos muestran que se quiso ampliar la discreción de la Corte en comparación con el *common law* tradicional (cf. Zander: o. cit. (nota 158), pp. 363-364; poco claro Archbold: *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (P. J. Richardson et al. [eds.]), Londres: Sweet & Maxwell, 2007, § 15-453. Críticamente sobre el concepto de discreción judicial en este contexto, Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 96, quienes conceden, sin embargo, en su análisis concreto de la sección 78, p. 174: “[...] is no feasible substitute for trial judges’ good faith judgement in the exercise of their discretion [...]” (“[...] no hay un sustituto posible para el juicio de buena fe de los jueces en el ejercicio de su discreción [...]).

¹⁷⁴ Véase *Halawa v. F.A.C.T.* [1995] 1 Cr. App. R. 21, 33.

¹⁷⁵ *Regina v. Governor of Brixton Prison*, ex p. Levin [1997] AC 741, 748, HL (“has been obtained in a way which outrages civilised values”).

¹⁷⁶ Sobre esta doctrina véase también Ídem, p. 179; Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 30 ss.

¹⁷⁷ Véase *A and others, EWCA*, loc. cit. (nota 98), § 248 (“the exercise of State power in an arbitrary, oppressive or abusive manner”), (“receive evidence in ongoing proceedings, if to do so would lend aid or reward to the perpetration of any such wrongdoing by an agency of the State”); Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 179.

78 parece haberse “convertido en un bastión primario de la lealtad y la integridad moral en el proceso penal inglés”,¹⁷⁸ la regla está limitada a la prueba de la acusación¹⁷⁹ y la jurisprudencia proporciona pocas pautas en cuanto a su aplicación concreta, a excepción de requerir una violación de la regla significativa y sustancial.¹⁸⁰ Es controvertido si la sección 78 es aplicable a la prueba (transnacional) obtenida por medio de tortura sin intervención de autoridades británicas. Aunque el uso de tortura tendría que ser considerado con seguridad como una violación de la regla significativa y sustancial, una cuestión diferente es si esto también hace inadmisibles la prueba obtenida por medio de tortura por autoridades extranjeras. La Corte de Apelaciones lo rechazó en *A and others*,¹⁸¹ Lord Bingham lo afirmó con el argumento de que la doctrina del abuso de proceso también es aplicable si el fundamento del caso sería moralmente inaceptable.¹⁸² Lord Nicholls invoca la condena universal y la repugnancia de la tortura para justificar su exclusión. Él distingue, además, entre el uso preventivo de la tortura por la policía para evitar que explote una “bomba de tiempo activada”¹⁸³ y el uso represivo de prueba para lograr la convicción del acusado. Mientras el primero puede ser considerado correcto, el último no puede ser admitido.¹⁸⁴ La distinción entre tortura preventiva y tortura represiva es

¹⁷⁸ Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 180 (“moulded into a primary bulwark of fairness and moral integrity in English criminal proceedings”).

¹⁷⁹ Esto se sigue de la formulación: “[...] evidence on which the prosecution proposes to rely to be given [...]” ([...] prueba que la autoridad de persecución propone que sea tenida en cuenta [...]); véase también Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 39.

¹⁸⁰ Para un análisis crítico y riguroso véase Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 160 ss. (p. 164: “[J]udicial task of developing an admissibility regime [...] remains an unfinished project [...]” (‘La tarea judicial de desarrollar un régimen de admisibilidad [...] sigue siendo un proyecto inconcluso’); p. 174: “little or no concrete guidance for trial judges [...]” (‘poca o ninguna orientación concreta para los jueces de mérito [...]’) de parte de la Corte de Apelación); véase también Zander: o. cit. (nota 158), p. 367 ss. (p. 367: “on a case-by-case basis, without any clearly articulated theory” (‘sobre la base del caso concreto, sin una teoría claramente articulada’); p. 378: “no general guidelines” (‘sin pautas generales’); May y Powles: o. cit. (nota 143), p. 293 ss. (p. 301: “no hard and fast rules” (‘sin reglas resistentes y rápidas’); pero también Archbold: o. cit. (nota 173) señala, por un lado, que el “precise scope [is] [...] unclear” (‘alcance exacto [...] no es claro’) (§ 15-453), por el otro, que hay una “substantial guidance” (‘orientación sustancial’) por la jurisprudencia (§ 15-455) y, de nuevo, que “no general guidance” (‘no hay ninguna orientación general’), (§ 14-457).

¹⁸¹ Véase *A and others*, *EWCA*, loc. cit. (nota 98), § 137, 252, 253: “[G]iven that the specific rule against involuntary confessions is not engaged (we are not dealing with tortured defendants), the general rule – evidence is admissible if it is relevant, and the court is not generally concerned with its provenance – applies” (‘Dado que no está comprometida la regla específica en contra de confesiones no voluntarias (no estamos tratando con acusados torturados), es aplicable la regla general —la prueba es admisible si es relevante y si la Corte no está en general involucrada con su proveniencia—). Es interesante poner de relieve que ninguno de los *law lords* (jueces de la Cámara de los Lores) sostuvo esta posición en *A and others*, *HL*, loc. cit. (nota 82).

¹⁸² Véase *A and others*, *HL*, loc. cit., nota 82), § 19 (Lord Bingham) (“if the foundation for the case would be morally unacceptable”).

¹⁸³ (“a ticking bomb”).

¹⁸⁴ Véase *A and others*, *HL*, loc. cit., nota 82, § 67 ss. (Lord Nicholls); a favor de flexibilidad y una ponderación similar, sin distinguir, sin embargo, entre tortura preventiva y represiva. Pattenden: o. cit. (nota 40), p. 32 ss.; por

en efecto importante y nos recuerda la controvertida discusión de la punibilidad del torturador (preventivo) en los casos de una bomba a punto de explotar, en los cuales era indiscutido que tal evidencia no podía ser usada en un proceso penal.¹⁸⁵ En síntesis, la prueba transnacional solo puede ser admitida si en el Estado extranjero han sido respetadas las reglas de procedimiento.¹⁸⁶ Este no es el caso si la prueba fue obtenida por medio de tortura. La admisión de dicha evidencia dañaría siempre, independientemente de su proveniencia, la integridad del proceso y constituiría un abuso de proceso.

3.3. Segunda conclusión intermedia con respecto a la prueba transnacional obtenida por medio de tortura

Tanto el derecho internacional aplicable (supra 3.1) como el derecho nacional de Alemania y Gran Bretaña (3.2) indican que la prohibición del uso de prueba obtenida por medio de tortura es “categórica” y que, como tal, se extiende también a la prueba transnacional obtenida por autoridades extranjeras con aplicación de tortura, aunque no estén involucradas de ningún modo las autoridades nacionales (segunda situación, véase la introducción y el apartado 2 *in fine*). La regla de exclusión respectiva también es aplicable, *a fortiori*, a la primera situación arriba descrita, en la cual un Estado produce tal evidencia de manera proactiva o, al menos, está involucrado en su producción. Cualquier otra conclusión dejaría abiertas las puertas a dobles estándares y socavaría la naturaleza absoluta de la prohibición de tortura.

Para la primera situación de un Estado proactivo puede hacerse un argumento adicional a favor de la regla de exclusión: de acuerdo con el artículo 3 del CEDH (o artículo 7 del PIDCP), un estado parte está obligado a abstenerse de cualquier acto que pudiera exponer a personas bajo su jurisdicción a la tortura; en particular, está establecido que una persona no debe ser extraditada a un estado donde corre el riesgo de ser torturada.¹⁸⁷ El estado que recibe la solicitud de extradición (estado requerido)

la admisibilidad en el caso de una bomba a punto de explotar también Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 153.

¹⁸⁵ Véase Ambos: o. cit. (nota 1), p. 263 con nota 6.

¹⁸⁶ Cf. May y Powles: o. cit. (nota 143), p. 300.

¹⁸⁷ Véase por ejemplo *Soering v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application n.º 14038/88, § 111 (7 de julio de 1989); más recientemente también Tribunal Estadual de Thüringen, Thür. OLG Ausl 7-06 v. 25.1.2007, en *Strafverteidiger*, 2008, p. 650.

es considerado en esta situación responsable por la violación del artículo 3 del CEDH, dado que posibilita la violación en el estado requirente, aun cuando esta no fuera su intención. Una situación aún peor existe en el caso de extradición a un estado torturador: el estado que entrega a la persona hace posible la tortura en el estado receptor e incluso se propone hacerlo.¹⁸⁸ Este estado tuvo, por tanto, “jurisdicción” en el sentido del artículo 1 del CEDH sobre la persona entregada.¹⁸⁹ De manera similar, si el estado que recibe la prueba estuvo involucrado en su producción (ilegal), su subsiguiente uso constituye un abuso de proceso.¹⁹⁰

3.4. La carga y el estándar de prueba

Aunque las consideraciones precedentes tomaron por cierto que la tortura, dejando de lado los problemas de definición,¹⁹¹ había sido efectivamente aplicada, en la práctica a menudo esto es desconocido y en consecuencia se plantea la cuestión de a quién corresponde la carga de la prueba y qué estándar de prueba ha de ser aplicado.

Por lo general, la carga de la prueba solo puede ser distribuida entre las diferentes partes en un tipo de procedimiento que deja la responsabilidad de la producción y presentación de la prueba en las manos de esas partes. En dicho sistema adversarial, como el inglés, la carga de la prueba en cuanto a la culpabilidad corresponde normalmente a la fiscalía, pero en cuanto a otros elementos de prueba, como principio general del *common law*, a la parte que los quiere invocar.¹⁹² Por el contrario, en un sistema de tipo inquisitivo o dirigido por un juez, como el alemán, siempre es el Estado (el ministerio público fiscal o el juez), y no las partes, quien debe indagar sobre el asunto. Si bien el acusado puede proponer prueba relevante, el tribunal no depende de esta actividad. El juez está

¹⁸⁸ Véase también Thienel: o. cit. (nota 3), p. 366.

¹⁸⁹ (“jurisdiction”); Véase supra nota 157 y Thienel: o. cit. (nota 3), pp. 366-367.

¹⁹⁰ Cf. May y Powles: o. cit. (nota 143), p. 300. Sobre los paralelos con las extradiciones jurídicas con igual resultado también Talmon: o. cit. (nota 139), pp. 93 s.

¹⁹¹ Sobre esto, con ulteriores referencias Ambos: o. cit. (nota 1), pp. 265 ss.

¹⁹² Cf. May y Powles: o. cit. (nota 143), § 04-35 (“The burden of establishing the conditions of admissibility of other evidence will fall on whichever side is seeking to adduce it” (“La carga de establecer las condiciones de admisibilidad de otra prueba recaerá sobre la parte que busca aducirla”); S. Seabrooke y J. Sprack: *Criminal Evidence & Procedure*, Londres: Blackstone, 2.ª ed., 2004, p. 14 (“In general the burden of proof in the ‘voir dire’ will be upon the party who asserts that the evidence should be admitted” (“En general, la carga de la prueba en el *voir dire* recaerá sobre la parte que afirma que la prueba debe ser admitida”); Roberts y Zuckerman: o. cit. (nota 14), p. 331. (N. del t.: En el derecho estadounidense se llama *voir dire* al procedimiento en el cual las partes discuten la composición del jurado y cuestionan eventualmente su imparcialidad.)

obligado a investigar los hechos *ex officio* (véase el § 244.2 de la OPP) extendiendo la recepción de prueba a todos los hechos relevantes para el caso.¹⁹³

En cuanto a la prueba (transnacional) obtenida bajo tortura, es discutible si el enfoque ordinario arriba descrito es apropiado. En un procedimiento adversarial, esto significaría que el acusado tendría que probar la aplicación de tortura, dado que él quiere aducir este argumento para anular evidencia; en un procedimiento inquisitivo, el tribunal debe investigar el asunto, pero el riesgo de que no pueda ser probado es cargado al acusado.¹⁹⁴ Así, en *Motassadeq*, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo no tuvo por probado que las declaraciones de tres testigos, cuyos resúmenes fueron remitidos por autoridades estadounidenses, habían sido obtenidas por medio de tortura y, en consecuencia, las admitió como evidencia.¹⁹⁵

Ninguno de estos enfoques es apropiado, por razones prácticas y por consideraciones relacionadas con el principio del juicio justo. En términos prácticos, es difícil para el acusado probar el uso de tortura si él no fue la víctima y, en consecuencia, no tiene signos físicos para demostrarla. En casi todos los casos de posible tortura de un testigo, el acusado no está en posición de aducir hechos fiables para probarla.¹⁹⁶ Por lo tanto, del acusado solo puede esperarse que “exponga alguna razón plausible [...] de que la prueba ha venido, o es probable que haya venido, de uno de aquellos países que ampliamente se sabe o se cree que practican la tortura”.¹⁹⁷ En efecto, la sección 78 de la PACE permite a la Corte excluir evidencia si lo cree necesario, para lo que sería suficiente con que la defensa planteara la cuestión.¹⁹⁸ Con esto, la carga de la prueba se traslada a la parte que aduce la prueba que supuestamente ha sido obtenida por medio de tortura; esto es, esta

¹⁹³ BGH, decisión del 4 de abril de 1951, en BGHSt 1, p. 94, p. 96; BGH, decisión del 17 de octubre de 1983, en BGHSt 32, p. 115, p. 122 = *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, n.º 37, p. 247 ss., p. 248.

¹⁹⁴ BGH, decisión del 28 de junio de 1961, en BGHSt 16, p. 164, p. 167 = *Neue Juristische Wochenschrift* 1979, 1980 (1961), n.º 14; Meyer-Goßner: o. cit. (nota 151), § 136.a, nm. 32.

¹⁹⁵ Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. (nota 85), pp. 2326, 2328.

¹⁹⁶ *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 55 (Lord Bingham), § 116 (Lord Hope). Por las mismas razones, Nigel Rodley, Relator Especial sobre la Tortura de la ONU, recomendó que no se requiera del detenido una “conclusive proof of physical torture” (‘prueba concluyente decisiva de tortura física’), en Report of Visit to Turkey, U.N. Doc. E/CN.4/1999/61/Add.1 (1999), § 113.e, disponible en <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/104/37/PDF/G9910437.pdf?OpenElement>> (consultado el 26 de febrero de 2008); similar Nowak y McArthur: o. cit. (nota 97), nm. 81.

¹⁹⁷ *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 56 (Lord Bingham) (“advance some plausible reason [...] that evidence has, or is likely to have, come from one of those countries widely known or believed to practice torture”); también § 116 (Lord Hope): “All he can reasonably be expected to do is to raise the issue [...]” (“Todo lo que razonablemente puede esperarse que él haga es que plantee la cuestión [...]). Conc. Nowak y McArthur: o. cit. (nota 97), nm. 84. Críticamente en relación con el artículo 6.1 del CEDH Thienel: o. cit. (nota 92), p. 407.

¹⁹⁸ Cf. May y Powles: o. cit. (nota 143), p. 308.

parte, normalmente el Estado, debe probar que no se ha aplicado tortura o que no existe un “riesgo real” en este sentido.¹⁹⁹ Esto está en conformidad con la interpretación que hace el Comité contra la Tortura del artículo 15 de la CT-ONU, según la cual la disposición supone un deber positivo del estado de examinar si declaraciones llevadas ante sus tribunales han sido hechas bajo tortura.²⁰⁰ En un sistema inquisitivo, la misma solución podría ser alcanzada mediante una aplicación analógica del principio *in dubio pro reo*, usualmente aplicable solo con respecto a hechos relativos a la culpabilidad del acusado,²⁰¹ al caso de prueba producida por medio de tortura o por métodos comparables.²⁰² Si, como en *Motassadeq*, el uso de tortura no puede ser probado, la duda operaría a favor del acusado, es decir, se debería suponer que la prueba controvertida fue producida bajo tortura y, en consecuencia, no podría ser admitida. A su vez, la prueba solamente puede ser admitida si el uso de tortura puede ser definitivamente refutado.²⁰³ En este sentido ya ha decidido el BGH que, en caso de faltar los puntos de apoyo suficientes y confiables para una instrucción exitosa, las correspondientes manifestaciones del acusado no pueden ser valoradas.²⁰⁴ El BGH así implícitamente y en favor del acusado parte de la falta de instrucción, cuando esta no es seguro que pueda ser probada de acuerdo al convencimiento del tribunal de juicio.

Estas consideraciones evidencian que la cuestión de la carga de la prueba está relacionada con el estándar de la prueba. Mientras que en un sistema adversarial debe exigirse desde un principio un cambio de la carga de la prueba, en un sistema inquisitivo la cuestión no es la carga sino el estándar de prueba, dado que la primera recae de

¹⁹⁹ *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 56 (Lord Bingham); concordantemente § 80 (Lord Nicholls), § 98 (Lord Hoffmann); también conc. Nowak y McArthur: o. cit. (nota 97), nm. 82, 84. Para otro punto de vista Zander: o. cit. (nota 158), pp. 380-381 según quien la defensa tiene que “to persuade the court that there is a serious issue as to unfairness [...]” (‘persuadir a la Corte de que hay una grave cuestión de injusticia [procesal] [...]’) y que, en síntesis, llega “remarkably close” (‘increíblemente cerca’) de la carga de la prueba que está en la defensa. De manera similar Archbold: o. cit. (nota 173), § 15-462: “evidential burden [...] that there is an issue to be decided [...] will rest on the defence”. (‘carga probatoria [...] que hay una cuestión a decidir [...] recaerá en la defensa’).

²⁰⁰ *P. E. v. France*, Complaint n.º 193/2001, UN Doc. A/58/44, p. 150 (par. 6.3.); *G. K. v. Switzerland*, Complaint n.º 219/2002, ibídem., p. 185 (§ 6.10); de esto Thienel: o. cit. (nota 3), p. 355, deriva que el artículo 15 reduce “any burden of proof on persons other than the state to an evidentiary burden only of triggering the positive obligation of the state” (‘toda carga de la prueba sobre personas diferentes al Estado a la carga probatoria de solo provocar la obligación positiva del Estado’).

²⁰¹ BGH, decisión de 28 de junio de 1961: o. cit. (nota 194), p. 166 = 1980.

²⁰² Véase por ejemplo Volk: o. cit. (nota 82), § 18, nm. 22 en el caso del § 136.a OPP; en nuestro contexto también Talmon: o. cit. (nota 139), p. 84.

²⁰³ Para la inversión de la carga de la prueba que allí se presenta también JAHN: o. cit. (nota 4), C 109; Talmon: o. cit. (nota 139), p. 84.

²⁰⁴ BGH *Neue Zeitschrift für Strafrecht* -Rechtsprechungsreport Strafrecht 2007, p. 80 ss., p. 81.

todas maneras en el Estado (tribunal). La cuestión crucial entonces es qué necesita ser demostrado para excluir la prueba: ¿es suficiente con que haya un riesgo real o alta probabilidad de que la tortura fue aplicada o debe ser probada plenamente? Mientras que la Casa de los Lores siguió la primera posición, más flexible en *A and others* (la minoría²⁰⁵ optó por un “riesgo real”, la mayoría²⁰⁶ por “alta probabilidad”), el Tribunal Superior de Hamburgo²⁰⁷ siguió la última posición, más estricta. Esta posición parece encontrar un sostén en el artículo 15 de la CT-ONU, el cual se refiere a una declaración “que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura”;²⁰⁸ es decir, la aplicación de tortura debe ser efectivamente “demostrada”. Sin embargo, otra vez aquí se plantea la cuestión de si un estándar estricto de este tipo es apropiado a la luz de las dificultades para probar con certeza el uso de tortura por un estado extranjero. Este estado difícilmente cooperará en el esclarecimiento de los hechos²⁰⁹ y sin su cooperación es difícil encontrar prueba segura para probar la tortura. Además, el riesgo real o aun la alta probabilidad de que la prueba haya sido obtenida por medio de tortura es suficiente para contaminar la evidencia y así desacreditar el procedimiento. Finalmente, para un verdadero Estado de derecho el riesgo real —es decir, la posibilidad seria de que haya sido utilizada prueba obtenida por medio de tortura— debe ser suficiente para tornar insostenible el proceso.²¹⁰ Por todas estas razones, debe considerarse suficiente el estándar de un riesgo real serio.²¹¹

²⁰⁵ Supra nota 200 y texto principal.

²⁰⁶ Véase *A and others*, HL, loc. cit. (nota 82), § 120 ss., 121 (Lord Hope): “Is it established, by means of such diligent inquiries into the sources that it is practicable to carry out and on a balance of probabilities, that the information relied on by the Secretary of State was obtained under torture?” (‘¿Está establecido, por medio de tales diligentes investigaciones que es factible llevar a cabo sobre las fuentes y con base en una ponderación de probabilidades, que la información confiada por el Secretario de Estado fue obtenida bajo tortura?’) (bastardilla en el original); véase también ibídem., § 138 ss. (Lord Rodger), § 156 ss. (Lord Carswell), § 172 ss. (Lord Brown).

²⁰⁷ El Tribunal Superior de Hamburgo requirió la plena prueba de la tortura y consideró que las dudas existentes acerca de las circunstancias del interrogatorio conciernen al valor probatorio y no a la admisibilidad de las declaraciones (Tribunal Superior de Hamburgo, *El Motassadeq*, loc. cit. (nota 85), pp. 2326, 2328); crít. Gleß: o. cit. (nota 54), § 136.a, nm. 79 con nota 351. Del mismo modo la decisión n.º 11.c) de la Sección Penal del 67. *Deutschen Juristentag* (“Die ein Beweisverwertungsverbot begründenden Umstände bedürfen des vollen Nachweises im Einzelfall” (“Las circunstancias que fundan una prohibición de valoración probatoria requieren ser plenamente comprobadas en el caso concreto”).

²⁰⁸ Bastardilla agregada.

²⁰⁹ Cf. También Jahn: o. cit. (nota 4), C 109 (prueba “praktisch unmöglich” (‘prácticamente imposible’); así como Talmon: o. cit. (nota 139), p. 84.

²¹⁰ Para este argumento en relación con el artículo 6.1 del CEDH véase también Thienel: o. cit. (nota 92), pp. 408-409. Sobre las presunciones de hecho del TEDH cf. Esser: o. cit. (nota 97), p. 660.

²¹¹ Para el mismo resultado Thienel: o. cit. (nota 92), p. 409; Nowak y McArthur: o. cit. (nota 97), artículo 15, nm. 84. Véase también Jahn: o. cit. (nota 4), C 109 con fundamentación del derecho constitucional.

4 • Conclusión final: Contra la admisión de prueba transnacional obtenida por medio de tortura

El análisis del derecho de los tribunales penales internacionales ha mostrado que la prueba (supranacional) obtenida por medio de tortura no debe ser admitida, dado que tal prueba no es fiable y daña la integridad del proceso (sección 2.3). Lo mismo vale para la admisión ante tribunales nacionales de prueba (transnacional) obtenida por medio de tortura (sección 3.3). La estricta regla de exclusión del artículo 15 de la CT-ONU confirma este punto de vista. La *ratio* de esta regla es la no fiabilidad general de prueba obtenida por medio de tortura, su carácter lesivo de valores civilizados y su efecto degradante sobre la administración de justicia.²¹² Dada la desventaja de la defensa en el proceso penal, la carga de la prueba debe recaer en la parte que quiere presentar la prueba controvertida, es decir, el Estado. Por consideraciones prácticas y fundamentales basadas en el principio del juicio justo tal evidencia no debe ser admitida si hay un riesgo real, serio de que haya sido obtenida por medio de tortura.

²¹² Véase la posición de los recurrentes citadas en *A and others, HL*, loc. cit. (nota 82), § 28 (6) (Lord Bingham).

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

Informe del Seminario Buenos Aires, 23 al 25 de marzo de 2009

Salvador Herencia Carrasco

1

Entre los días 23 y 25 de marzo de 2009 se realizó el VII encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en la ciudad de Buenos Aires (Argentina). El tema de investigación trabajado en esta oportunidad fue relativo al sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

Este seminario fue patrocinado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad de Belgrano y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga.

El programa se dividió en tres partes. La parte introductoria consistió en un análisis sobre la evolución de la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la recepción de su jurisprudencia por los estados; la segunda parte estuvo centrada en aspectos de derecho material, y la última consistió en un análisis de temas procesales. De forma complementaria, se organizaron dos actividades públicas, una en la Universidad de Buenos Aires y la otra en la Universidad de Belgrano.

La introducción general estuvo a cargo del Prof. Dr. Kai Ambos (Universidad de Gotinga), quien planteó una perspectiva general en torno al impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De especial atención ha sido el tratamiento que la Corte ha dado a las leyes de amnistía, la figura de la prescripción en materia penal, así como el delito de desaparición forzada, entre otros. Independientemente de los planteamientos

formulados por la Corte, que en algunas circunstancias puede llegar a colidir con instituciones del derecho penal, es innegable el impacto que esta ha tenido en los tribunales internos, especialmente en tribunales constitucionales y cortes supremas de justicia de América Latina.

2

1. El Prof. Dr. *Ezequiel Malarino* (Universidad de Buenos Aires y Universidad de Belgrano) expuso cómo la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha evolucionado desde sus primeras decisiones hasta las más recientes, fenómeno que denominó *metamorfosis de la Corte Interamericana*. Según Malarino, los rasgos principales que ponen de manifiesto ese cambio son: a) la penalización; b) la nacionalización, y c) la victimización.

En primer lugar, se ha dado una creciente acentuación de la protección de los derechos de la víctima junto con la expansión del propio concepto de víctima. De especial atención es el reconocimiento de nuevos derechos de las víctimas que no están escritos en la Convención y que son obtenidos a través de una ‘interpretación’ *pro víctima* en desmedro de la interpretación *pro hómine* ordenada en la Convención. En este sentido, es paradigmático el caso del derecho de la víctima a la justicia y al castigo y el correlativo deber del Estado de perseguir y sancionar, así como el reconocimiento de mayores posibilidades de participación de la víctima tanto en el procedimiento penal interno como en el procedimiento ante la Corte Interamericana. Esta transformación ha sido denominada como la *victimización de la Corte Interamericana*.

En segundo lugar, la aproximación *pro víctima* de la Corte ha conducido inexorablemente a una comprensión punitivista de los derechos humanos, pues los derechos fundamentales de la víctima creados por la jurisprudencia pueden llegar a neutralizar los derechos fundamentales de la persona sometida a procesos consagrados explícitamente en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Al respecto, se hizo referencia a algunas decisiones en las cuales la Corte IDH consideró que el derecho a la justicia de la víctima era superior al derecho al plazo razonable de duración del proceso garantizado en el artículo 8.1 de la Convención, o bien que ese derecho autorizaba a dejar de lado la cosa juzgada, tornando en letra muerta el derecho al *ne bis in idem* del artículo 8.4 de la Convención, o bien, finalmente, que tal derecho justificaba aplicaciones

retroactivas de la ley penal en perjuicio del imputado, en contra de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención. Este rasgo ha sido denominado por Malarino *punitivización de la Corte Interamericana*.

Finalmente, sostuvo que la Corte IDH ha ido entrometiéndose progresivamente en las prácticas nacionales, sirviéndose para ello de las sentencias en materia de reparaciones y especialmente en lo referido a la reparación no pecuniaria. En estos casos, la Corte no se limita, como en sus primeras decisiones, a establecer una reparación pecuniaria ante la constatación de una violación de la CADH, sino que avanza hasta *ordenar*, entre otras cosas: a) la derogación o sanción de leyes o de normas constitucionales (intromisión en la esfera del poder legislativo o constituyente local); b) la anulación o la reapertura de procesos —tanto a favor como en contra del imputado— (intromisión en la esfera del poder judicial local), o c) la realización de ciertas políticas públicas que implican, a su vez, una determinada asignación de los recursos estatales (intromisión en la esfera del Poder Ejecutivo local).

El Prof. Malarino concluyó afirmando que, con la intromisión en la esfera del Poder Judicial local, la Corte IDH se está convirtiendo, por vía jurisprudencial, en una especie de corte suprema de las cortes supremas, y criticó esta posición con base en el distinto objeto procesal de los procesos internos ante los tribunales locales y en el proceso internacional ante la Corte IDH. Esta confusión de objetos procesales se advierte especialmente en el ámbito penal, donde la Corte no efectúa una estricta separación entre responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad penal del individuo. Malarino ha denominado esta práctica *nacionalización de la Corte Interamericana*.

2. El abogado *Lisandro Pellegrini* (Procuración General de la Nación, Argentina) analizó *la recepción de la jurisprudencia en el ámbito interno en América del Sur, centrándose en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana*. Lo que se puede observar en el estudio de casos es que, pese a una reticencia inicial de los países por cumplir con el mandato de la Corte, finalmente este termina siendo ejecutado. Sin embargo, pese a que generalmente los estados tienden a cumplir la parte resolutive principal (realizar un nuevo juicio u otros referidos a procesos penales), suelen dilatar el pago de reparaciones o el cumplimiento de medidas no pecuniarias.

En este sentido, uno de los aspectos más complejos es el cumplimiento de las medidas o garantías de no repetición y de búsqueda de la verdad, las cuales llevan al Estado a realizar reformas institucionales y legales. Dado los intereses y conflictos políticos que

estas suscitan, su ejecución es sumamente dificultosa y obliga a la Corte a realizar continuas audiencias de supervisión del cumplimiento de las sentencias.

Finalmente, cabe destacar que en ocasiones los fallos de la Corte IDH han llevado a algunos estados parte de la CADH a desconocer su jurisdicción —como ocurrió con el Perú a raíz de los casos *Castillo Petruzzi y Loayza Tamayo*— o incluso a considerar la denuncia del tratado —como ocurrió con Venezuela a raíz del caso *Apitz Barbera*—. Hasta la fecha, el único país que ha denunciado la CADH y desconocido la competencia de la Corte IDH ha sido Trinidad y Tobago a raíz del caso *James*, referido a la pena de muerte.

3. El abogado *César Alfonso Larrangueira* (Universidad Nacional de Asunción y becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en la Universidad de Münster) tuvo a su cargo *la recepción de la jurisprudencia interamericana en el ámbito interno en América del Sur, especialmente las medidas legislativas y resoluciones judiciales*. Comenzó reiterando que las decisiones de la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento, según lo establecido en el artículo 68.1 de la CADH. En este sentido, deben ser acatadas con base en el principio de buena fe y la prohibición de invocar normas de derecho interno para justificar su incumplimiento, lo cual lleva a que tengan preeminencia frente al derecho interno, independientemente del orden de prelación legal establecido en este último.

En el ámbito constitucional, no existen disposiciones en los países de América del Sur que expresamente reconozcan el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH. En el ámbito legal, el Código Procesal Constitucional peruano reconoce explícitamente el carácter vinculante de las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado, independientemente de si este es parte o no en un caso concreto.

Con todo, Alfonso resalta que la mayoría de los tribunales constitucionales y cortes supremas han reconocido el carácter vinculante de estas decisiones, sea porque ellas integran el denominado *bloque de constitucionalidad* o según una interpretación abierta de la *cláusula pro hómine* reconocida en las constituciones políticas. De forma complementaria, las constituciones de países como Colombia, Ecuador, Paraguay y Uruguay reconocen el carácter constitucional o infraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, lo que asegura su jerarquía frente a las normas internas.

En el caso argentino, la Corte Suprema ha afirmado que la interpretación de la CADH por los tribunales internos debe hacerse de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH (Bolivia y Colombia han hecho una interpretación similar), y

posteriormente llegó a establecer que esta pauta interpretativa posee el valor de precedente de seguimiento obligatorio para las autoridades argentinas.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal otorga a la CADH un carácter infraconstitucional y supralegal, y determina que las decisiones de la Corte no necesitan de un proceso interno de homologación. En el caso chileno y como fruto del caso *La última tentación de Cristo*, el gobierno modificó la Constitución a fin de adecuar su derecho interno al derecho internacional.

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que, sobre la base de la Constitución y el Código Procesal Constitucional, el efecto vinculante de las sentencias de la Corte no se limita a su parte resolutoria sino a los fundamentos, aun en los casos en los que el Estado peruano no ha sido parte. Finalmente, con relación a Venezuela hay que hacer la salvedad que su Tribunal Supremo entiende que las sentencias son vinculantes en tanto no contradigan las normas constitucionales de ese país.

4. El abogado *Jaime Martínez* (Corte Suprema de Justicia de El Salvador) expuso sobre la *recepción de la jurisprudencia interamericana en el ámbito interno en América Central, tomando como base los casos de Guatemala, Costa Rica y El Salvador*.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha establecido que los tratados internacionales de derechos humanos son parámetros de legalidad para la legislación ordinaria y reglamentaria y que forman parte del catálogo de los derechos fundamentales. En la práctica, los tribunales nacionales han cumplido con la orden principal (generalmente la realización de un nuevo proceso penal), pero el cumplimiento ha sido parcial en cuanto al pago de reparaciones y otras garantías de no repetición. A raíz del caso *Fermín Hernández*, la Corte Suprema de Justicia guatemalteca ordenó la realización de un nuevo juicio, reconociendo el carácter vinculante del fallo. Asimismo, en el caso *Raxcacó Reyes* los tribunales nacionales realizaron un nuevo juicio, dado que el anterior había impuesto una condena de pena de muerte que fue rechazada por la Corte por ser contraria a la CADH. En conclusión, Guatemala no considera vinculante la jurisprudencia de la Corte IDH, aunque en algunos casos Corte de Constitucionalidad y otros tribunales han aplicado la jurisprudencia de la Corte IDH.

En Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte es obligatoria en materia contenciosa y tiene carácter autoejecutivo, lo que queda demostrado en el cumplimiento del caso *Mauricio Herrera*. Con relación a las opiniones consultivas de la Corte, la Sala Constitucional ha determinado

que ellas son obligatorias para el estado que las solicita. Esto ha permitido un proceso de adecuación de los institutos y la interpretación que suministran las decisiones de la Corte IDH, tanto desde el punto de vista sustantivo como del procesal. Mediante la adopción de la ley 6889 se estableció que las decisiones de este órgano tendrán los mismos efectos que las de tribunales nacionales.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte en el derecho interno de El Salvador en los planos constitucional y legal es bastante precaria. No existe norma jurídica interna que vaya más allá de los alcances de las disposiciones de la CADH sobre derechos humanos. Es más, podría afirmarse que la jurisprudencia salvadoreña ni siquiera se ha planteado ese asunto puesto que se encuentra en una fase anterior, como es la disputa por la existencia o no de un bloque de constitucionalidad, es decir, si los tratados internacionales sobre derechos humanos son integrados o no a la Constitución de la República y, en consecuencia, si pueden o no servir de parámetro para el control de la constitucionalidad de las leyes.

3

5. Al pasar a analizar los temas de derecho material, el Prof. Dr. Dr. h.c. *José Luis Guzmán* (Universidad de Valparaíso) trató *el principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. El autor analiza el artículo 9 de la CADH, referido al principio de legalidad y de retroactividad, centrándose en tres aspectos que han sido objeto de un desarrollo jurisprudencial por la Corte: a) la reserva de ley en materia penal; b) la taxatividad de determinados tipos penales como el terrorismo, y c) la irretroactividad de la ley penal.

Con respecto a la reserva de ley en materia penal, un aspecto a considerar es que la redacción de dicho artículo no guarda relación con el principio de legalidad reconocido en la tradición jurídica de los estados latinoamericanos, puesto que la Convención habla de *derecho aplicable* y no de *lex scripta*, lo que podría dar pie a que la jurisprudencia de la Corte interpretara este precepto a la luz del derecho penal material o del derecho internacional, el cual posee un umbral distinto para el reconocimiento de las fuentes jurídicas. No obstante, la práctica de la Corte ha sido la de asimilar la expresión *derecho aplicable* a la ley de los estados demandados (caso *García Asto y Ramírez Rojas*).

El autor observa que el concepto de *reserva de ley* en la jurisprudencia de la Corte comprende los decretos, decretos leyes y normas emitidas por el Ejecutivo para regular ciertas materias, especialmente en legislación penal referida al terrorismo. Sostiene que estos decretos, dada su naturaleza y alcance, no pueden ser considerados como derecho. De aceptar esta postura, la Corte podría determinar la incompatibilidad de tales disposiciones, dado que su origen es contrario al artículo 9 de la Convención. Sin embargo, y como se puede observar en los casos seguidos contra el Perú (*Cantoral Benavides, Castillo Petruzzi y Tribunal Constitucional*), la validez de los decretos leyes que regularon los delitos de terrorismo y traición a la patria es reconocida como fuente de derecho por la Corte, que se limita a determinar que ciertas disposiciones eran incompatibles con la Convención. Esta postura es seguida en el caso del decreto ley de amnistía chileno (caso *Almonacid Arellano*), en el cual este no fue objetado como norma jurídica sino a a luz de su contenido frente a la CADH.

La Corte ha desarrollado la taxatividad de las normas penales también en casos referidos a terrorismo y legislación penal de emergencia, sancionada mediante normas especiales a través de tribunales ad hoc y procedimientos sumarios en los cuales no se respetan ni el derecho de defensa ni las garantías propias del debido proceso. Nuevamente es en el caso peruano (*Cantoral Benavides, Loayza Tamayo y Castillo Petruzzi*) donde la Corte concluyó que los tipos penales de terrorismo y traición a la patria tienen un alcance indeterminado con relación a las conductas típicas, a los elementos con los cuales se realizan, a los objetos o bienes contra los cuales van dirigidos y sus alcances. No obstante, en jurisprudencia posterior, la Corte se apartó de su línea original al determinar, siempre en casos seguidos contra el Perú, que algunos delitos regulados en los decretos leyes, como la colaboración (caso *Lori Berenson*) o la pertenencia a organizaciones terroristas (caso *García Asto y Ramírez Rojas*) no están en conflicto con el principio de legalidad. A juicio del autor, si la Corte consideró que los decretos leyes tenían problemas de legalidad, ninguna de sus disposiciones o artículos individualmente considerados debieron ser validados. En el caso *Fermín Ramírez*, la Corte rectificó su posición al considerar que la legislación penal de autor es contraria a la Convención.

Finalmente, en lo referido al principio de irretroactividad de la ley más gravosa, la Corte ha sostenido como regla general que el Estado no puede ejercer el poder punitivo de manera retroactiva (casos *de la Cruz Flores y García Asto y Ramírez Rojas*). Sin embargo, en *Tiu Tojín* y *Almonacid Arellano* analizó la aplicación de la ley penal para los delitos permanentes. A criterio de la Corte, en los casos de desaparición forzada la figura

del secuestro no puede ser aplicable, por cuanto no guarda relación con la gravedad del delito cometido, aun cuando su tipificación sea posterior a la comisión del delito. Asimismo, concluye que la irretroactividad de la ley penal más severa no puede ser un obstáculo para la correcta administración de justicia.

6. El abogado *Pablo Parenti* (Procuración General de la Nación, Argentina) desarrolló la *inaplicabilidad de las normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. La obligación de investigar y sancionar penalmente conductas que violen derechos consagrados en el tratado no se encuentra en la CADH, pero ha sido objeto de un desarrollo por la jurisprudencia de la Corte IDH desde el caso *Velásquez Rodríguez*, basado en una interpretación del artículo 1.1, referido al deber de los estados de garantizar los derechos consagrados en la Convención.

Con respecto a la imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos, el autor identifica tres momentos en la evolución de la jurisprudencia de la Corte. El primero se da con el caso *Barrios Altos*, a través del cual se enuncia la incompatibilidad con la CADH de las disposiciones de prescripción que impidan la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.

El segundo momento se da en el caso *Bulacio*, en el que la Corte extiende la inadmisibilidad de normas de prescripción a todo caso donde el delito cuya investigación se reclama al Estado haya implicado la violación de algún derecho humano. Con la adopción de este fallo, se consideraba que la Corte había ampliado la inaplicabilidad de esta regla, dado que incluso ella era validada en el caso de restricción de la aplicación de normas de prescripción basada en la conducta procesal del acusado o de su defensa técnica.

El tercer momento se da con los casos *Almonacid Arellano* y *Albán Cornejo*. En estos se determinó la imposibilidad de aplicar normas de prescripción recurriendo a la vigencia de la regla de la imprescriptibilidad en el derecho internacional general. El fundamento para esta decisión se basa en las normas del derecho internacional público, que cuenta hoy con un reconocimiento universal. El problema en este caso será determinar a partir de qué momento se considera que la regla de imprescriptibilidad es aplicable de acuerdo al derecho internacional general.

7. La Prof. Dra. *Alicia Gil Gil* (Universidad Nacional de Educación a Distancia) realizó un trabajo relativo al *derecho a un juicio justo como elemento del crimen de guerra y su definición a través de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. El

Estatuto de Roma define el crimen de guerra de privación del derecho a un juicio tanto para conflictos armados internacionales (artículo 8.2.a.vi) como para conflictos armados no internacionales (artículo 8.2.c.iv), que tiene como sustento lo establecido en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.

Un primer punto objeto de análisis consistió en examinar si las garantías a un juicio justo comprendidas en los Convenios de Ginebra es un tipo abierto o cerrado, tomando como base otros convenios de derecho internacional humanitario (DIH) y los tratados de derechos humanos. Sin embargo, a fin de respetar el principio de legalidad, se debería demostrar que las garantías no reconocidas expresamente en los Convenios son parte de la costumbre internacional.

En este contexto, para determinar qué otras garantías no contempladas expresamente en los tratados pueden ser un crimen de guerra, la autora propone realizar un doble examen consistente en: a) establecer una relación de medio a fin entre las garantías no previstas y las sí previstas, lo que permitiría integrar a las garantías sí previstas, algunas de ellas definidas de una manera muy general, con las no previstas expresamente en los Convenios de Ginebra, y b) determinar si la privación de alguna de estas normas podría llevar a una condena injusta que suponga la privación de un derecho fundamental de importancia equiparable a la de el resto de los bienes jurídicos protegidos por los crímenes de guerra.

Por otra parte, *Gil* hace un análisis del desarrollo jurisprudencial que la Corte Europea de Derechos Humanos ha realizado en torno al derecho al juicio justo reconocido en el artículo 6 de la Convención Europea, la cual contempla la mayoría de las garantías procesales reconocidas en los diversos tratados derechos humanos, incluida la CADH.

La protección que encierra este derecho en el tipo del crimen internacional se limita, al igual que el derecho a un juicio justo en el ámbito penal, al acusado (caso *Asociación Víctimas del Terrorismo*). La exigencia de un tribunal determinado por la ley no se encuentra regulada en los Convenios de Ginebra, aunque se podría extender esta garantía con el derecho a un tribunal imparcial. Esto implica no solo que el tribunal haya sido establecido por el poder legislativo y no por el ejecutivo, sino también que sigan en su funcionamiento unas reglas procesales que cumplan con las garantías establecidas en el Convenio.

La exigencia de que un proceso se realice dentro de un plazo razonable ha sido uno de los derechos más desarrollados por el Tribunal Europeo. Sin embargo, se reitera

que el crimen de guerra no protege el mero derecho de acceso a la justicia o el correcto funcionamiento de la administración de justicia, sino que habrá que examinar en qué medida las dilaciones excesivas pueden afectar la vida o la libertad del acusado. Al respecto parece evidente que existirá tal afectación cuando las dilaciones indebidas se produzcan estando preso el acusado a espera de juicio y prolonguen así su privación de libertad.

Finalmente, el derecho a la defensa o principio de igualdad de armas supone, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo: a) que la parte pueda contradecir el testimonio de la parte contraria personalmente y alegar sobre los hechos del litigio; b) que cada parte pueda utilizar como medios de prueba testigos y peritos, y c) que el tribunal se pronuncie adecuadamente sobre la prueba presentada, es decir, incluye el derecho a una decisión judicial motivada.

8. El Prof. Dr. *Juan Luis Modolell* (Universidad Católica Andrés Bello) estudió el desarrollo de la *desaparición forzada de personas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. El autor identifica tres principales rasgos en el tratamiento de este delito en el sistema interamericano. En primer lugar, para determinar la responsabilidad internacional de un Estado, la Corte no solo considera la CADH sino también la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 (caso *Gómez Palomino*). En segundo lugar, entiende la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad (caso *Goiburú*). En tercer lugar, la Corte desarrolla parámetros que los estados deben tomar en cuenta al momento de tipificar la desaparición forzada en sus ordenamientos jurídicos internos (caso *Goiburú*) y sostiene que la desaparición forzada es un delito que no puede ser equiparado con los delitos de tortura, secuestro u homicidio

Con relación al bien jurídico protegido, la Corte afirma el carácter pluriofensivo de la desaparición forzada (caso *Heliodoro Portugal*), y concluye que la vida no es un bien directamente lesionado por la desaparición forzada, sino solamente puesto en peligro. De esta forma, no sería necesario que la persona muriera para que se consumara la desaparición forzada. El autor advierte que la Corte considera este delito como de carácter continuado, cuando lo correcto sería decir que es un delito permanente.

La conducta típica de este delito ha sido aplicada desde el caso *Velásquez Rodríguez*; consiste en la privación ilegítima de libertad de tal forma que se le impida al detenido ejercer el control de dicha detención, y la Corte afirma que estos dos elementos son concurrentes y no optativos (caso *Heliodoro Portugal*). Asimismo, considera que el delito de desaparición forzada no requiere ser cometido en un contexto de ataque generalizado

o sistemático, con lo que amplía el campo de aplicación de acuerdo a los parámetros de la CADH y a diferencia del elemento requerido en el Estatuto de Roma (caso *Heliodoro Portugal*). Sin embargo, y en contraposición a lo establecido en el Estatuto de Roma, el sujeto activo de este delito en el sistema interamericano son los agentes del Estado o personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia este (caso *Blake*).

9. El Prof. Dr. *Alejandro Aponte* (Pontificia Universidad Javeriana de Colombia) elaboró su presentación sobre el *tratamiento del DIH en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. En este punto, señala que la CADH no es un estatuto normativo que contenga normas de derecho humanitario. Sin embargo, ello no ha impedido que entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) y la Corte IDH haya habido diferencias en torno a la interpretación y aplicación de estas normas en determinados casos.

En el caso *Las Palmeras*, la Com IDH sustentó que la Corte IDH tenía competencia para aplicar las normas de DIH en aquellos casos sometidos a su conocimiento debido a la conexión, en términos de *complementariedad*, entre el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH, especialmente el vínculo intrínseco entre la vida, la integridad y la dignidad de la persona. La Corte determinó su competencia para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la CADH. No obstante, precisó que tanto la Corte como la Comisión solo pueden determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los estados a la luz de la Convención y no con los Convenios de Ginebra de 1949. La Corte agregó que, si bien la Com IDH tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, el procedimiento iniciado en casos contenciosos solo debe referirse a los derechos protegidos por el tratado de 1969.

En el caso *Bámaca Velásquez*, la Corte modificó su razonamiento y precisó que, si bien carecía de competencia para declarar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de tratados que no sean la CADH, ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos podrían infringir también otros instrumentos internacionales, como es el caso de los Convenios de Ginebra de 1949. Este concepto fue reiterado en el caso *Hermanas Serrano Cruz*, cuando agregó que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el DIH no impide la convergencia y aplicación de las normas de derechos humanos

consagradas en la CADH. A juicio de Aponte, esta postura frente a la protección especial de las personas protegidas por el DIH sirve como base para establecer que es perfectamente posible la comisión de crímenes de lesa humanidad en escenarios de conflicto y, desde el punto de vista dogmático, el concurso entre delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Finalmente, en el caso *Masacre de Mapiripán*, la Corte reiteró el concepto de que la responsabilidad internacional de un Estado puede darse por acciones u omisiones. Sin embargo, estableció que, para determinar que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere comprobar la forma de la culpabilidad de los autores comprometidos, así como tampoco es preciso identificar *individualmente* a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Por ende, la mera demostración de que ha habido apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones, es suficiente para demostrar la responsabilidad internacional del Estado.

El autor concluye diciendo que el cambio de la jurisprudencia frente al tratamiento del DIH, especialmente frente al tema de la responsabilidad, pone en tela de juicio para los órganos del sistema interamericano la distinción o las fronteras entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad individual.

10. La Prof. *Elizabeth Santalla* (Universidad Privada Boliviana, Universidad Católica Boliviana y Educatis University) trabajó el concepto de *tortura en el sistema interamericano, realizando un paralelo en el ámbito de la jurisprudencia en los tribunales penales internacionales y un análisis inicial en el ámbito de la Corte Penal Internacional* (CPI). La Corte IDH, de forma similar al tratamiento del delito de la desaparición forzada de personas, ha tratado estos casos no solo frente a lo establecido en el artículo 5 y 5.2 de la CADH, referido al derecho a la integridad personal, sino a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985. Sostiene la autora que este tratado amplía el alcance de la prohibición de tortura respecto de cualquier individuo, siempre y cuando este actuara en relación con un funcionario público, e incorpora que las órdenes superiores no constituyen eximente de responsabilidad penal. De esta forma, la Convención Interamericana sobre Tortura puede considerarse ejemplo de un instrumento de derechos humanos con directa influencia del derecho penal internacional.

La Corte IDH en algunos casos ha establecido que la desaparición forzada constituye también una forma de trato cruel, inhumano y degradante. Desde el caso *Velásquez Rodríguez* se ha podido determinar una *presunta violación* en los casos de desaparición forzada de personas, incluso sin ninguna evidencia directa de violación a la integridad física, considerando los efectos psicológicos y morales que emanan de la incomunicación y de aislamientos prolongados.

Sin embargo, esta no ha sido una práctica uniforme, puesto que en otros casos (*Castillo Paéz y Paniagua Morales*) la Corte se apartó de esta presunción aun cuando se había demostrado la existencia de aislamiento prolongado e incomunicación, y llegó a establecer que la detención por sí sola no ameritaba la presunción de violación de los artículos 5.1 y 5.2 (caso *Gangaram Panday*). No obstante, en casos que la detención arbitraria, la incomunicación y el aislamiento en la detención agravasen la vulnerabilidad de la víctima, la Corte sí consideró la existencia de trato cruel, inhumano y degradante (casos *Loayza Tamayo*, *Niños de la calle* y *Suárez Rosero*). Finalmente, Santalla hace referencia al test de gravedad empleado por la Corte (así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) para diferenciar entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

4

11. Con relación a los aspectos procesales, el abogado *Salvador Herencia* (Tribunal Constitucional del Perú) sostiene que, a diferencia de los otros derechos consagrados en el artículo 8, sobre garantías judiciales, y el artículo 25, referido a la protección judicial, la jurisprudencia de la CIDH no ha dado un amplio desarrollo dogmático a las garantías de la defensa. En la mayor parte de la jurisprudencia analizada, la Corte, más que a analizar el contenido y el límite de cada uno de estos derechos, describe cómo cada uno de los hechos constituye una violación a la Convención.

Frente a los derechos consagrados en el artículo 8.2, la Corte tan solo se ha pronunciado sobre los alcances de la presunción de inocencia y la concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa. En las opiniones consultivas referidas a la protección consular de extranjeros en los países que han ratificado la Convención y los derechos humanos de los niños, también se ha dado un análisis de las garantías mínimas para la defensa.

Han sido los casos seguidos contra el Perú (*Loayza Tamayo, Castillo Petruzzi, Cantoral Benavides y Lori Berenson*) así como contra el Ecuador (*Acosta Calderón, Suárez Rosero, Tibi, Chaparro Álvarez y Lapo Iníiguez*) aquellos en los cuales se ha dado un mayor desarrollo de los artículos 8.2 a 8.5. La mayor parte de la jurisprudencia analizada tiene que ver con la práctica de tribunales militares o con casos de personas procesadas por cargos de terrorismo, traición a la patria o narcotráfico. Es decir, aquellos delitos para los cuales los países latinoamericanos suelen adoptar legislaciones especiales que limitan las garantías procesales, especialmente el derecho de defensa.

12. El Prof. Dr. *Javier Dondé* (Instituto Nacional de Ciencias Penales de México) desarrolló el concepto de *impunidad y de amnistías en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. El caso *Panel blanca* fue el primero en que la Corte elaboró un concepto de impunidad y estableció la obligación del Estado de sancionar las violaciones de derechos, con fundamento jurídico en el artículo 1.1 de la CADH. Posteriormente, en el caso *Castillo Páez*, introdujo el concepto de derecho a la verdad, que sería objeto de constante aplicación en la jurisprudencia de la Corte IDH, y en el caso *Bámaca Velásquez* precisó que el concepto de impunidad es aplicable a asuntos que conlleven violaciones al DIH, en la medida en que coincidan con violaciones a derechos humanos, según su competencia. En el caso *Castro Castro*, la Corte determinó que la exhaustividad de las investigaciones no solo implica a las personas que pudieron haber participado en los hechos, sino que debe comprender la imputación de todos los delitos que pueden haberse cometido.

Con base en lo anterior y en lo desarrollado en el caso *Trujillo Oroza*, se identifican cuatro causas que pueden llevar a la impunidad: a) la falta de tipificación de delitos; b) la prescripción; c) el transcurso del tiempo como medio para dilatar un proceso, y d) irregularidades en el proceso penal que afectan el debido proceso. En las alternativas a la investigación, la jurisprudencia de la Corte demostraría una desconfianza respecto a las comisiones de la verdad y las medidas no penales que se pueden idear para hacer frente a una situación de violación a los derechos humanos. Ni siquiera los procesos llevados a cabo por delitos internacionales han dejado satisfecha a la Corte IDH.

Sobre el concepto de combate a la impunidad, la Corte ha determinado que esto constituye una obligación *erga omnes* que alcanza a todos los estados, y en casos de extradición reconoció la existencia de una obligación genérica de colaboración judicial en la sanción de violaciones a derechos humanos.

En lo relativo a las amnistías, en el caso *Barrios Altos* la Corte IDH estableció que no acepta medida alguna que restrinja o limite la capacidad de investigar, procesar y sancionar violaciones a los derechos humanos considerados inderogables, y precisó que cualquier amnistía, sobre todo las autoamnistías, son violatorias de la CADH, aunque no definió las características de las autoamnistías. En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte recurrió a tratados y jurisprudencia del derecho penal internacional para afirmar que la concesión de amnistías por crímenes de lesa humanidad es violatoria del derecho internacional. Esto ha llevado a un ejemplo de *cross-fertilization*, al emplear fuentes de derecho penal internacional y de derecho internacional general para determinar la responsabilidad de un estado frente a sus obligaciones adquiridas con la CADH.

Finalmente, en el caso *La Rochela*, la Corte estableció parámetros para medir la compatibilidad de la Ley de Justicia y Paz en Colombia con la CADH, aunque sin entrar a analizar la ley. Algunos de estos parámetros son: a) existe un deber general de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos; b) la investigación penal debe ser seria, imparcial, efectiva y tendiente a establecer las responsabilidades penales; c) los procesos deben tender a la búsqueda de la verdad; d) debe regir el principio de proporcionalidad en los procesos penales; e) debe tomarse en cuenta el principio de cosa juzgada fraudulenta, y f) existe obligación de reparar a las víctimas y familiares.

Como conclusión, el autor sostiene que la postura de la Corte es inequívoca: no hay amnistía compatible con la CADH, y sus argumentos muestran muy poca flexibilidad al respecto.

13. El Prof. Dr. *Carlos Caro* (Pontificia Universidad Católica del Perú) trabajó en este seminario la figura de los *tribunales imparciales*. En este sentido, destacó que la Corte IDH ha conocido y se ha pronunciado en diversos asuntos directamente relacionados con violaciones a los derechos humanos en los cuales la jurisdicción nacional no respetó los principios procesales de imparcialidad, juez natural, debido proceso y tutela judicial efectiva. Por el contrario, los estados demostraron no estar dispuestos a llevar cabo dichas investigaciones o los respectivos enjuiciamientos, y una de sus medidas recurrentes ha sido la dación de leyes de amnistía.

Así, la Corte ha establecido jurisprudencialmente que existe grave violación a los derechos humanos y a los principios procesales de juez natural y debido proceso cuando los estados establecen jurisdicciones especiales para investigar y juzgar delitos de lesa humanidad. De igual forma, ha señalado que, cuando se trata de juzgar e investigar graves

crímenes de lesa humanidad, el Estado debe otorgar la protección judicial necesaria; además, las autoridades jurisdiccionales deben desarrollar los procesos judiciales a su cargo bajo estrictas medidas de seguridad, y las disposiciones del DIH son de aplicación automática.

En el caso *Barrios Altos*, la Corte afirmó que se había violado el derecho a las garantías judiciales (artículo 8 de la CADH) y a la protección judicial (artículo 25 de la CADH) con la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía 26479 y 26492 en favor de los policías que participaron en el atentado. En dicho fallo, declaró la Corte que el Estado peruano debía investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos, reconociendo la supremacía de la jurisdicción internacional.

En el caso *Cantoral Benavides*, la Corte IDH analizó la naturaleza de la justicia castrense peruana y concluyó que el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero supone excluir al juez natural para el conocimiento de estos hechos. Siguió esta misma línea en el caso *Loayza Tamayo*, donde estableció que es una violación al debido proceso procesar y condenar a una persona sindicada por terrorismo y traición a la patria a través de un procedimiento excepcional en el que no se reconoce la presunción de inocencia, se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de estas, se limita la facultad del defensor al impedir que pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso.

Finalmente, en el caso *Durand Ugarte*, la Corte señaló que en un estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, por lo que solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos del orden militar.

14. El Prof. Dr. *Marcos Coelho Zilli* y la Prof. Dra. *Maria Thereza Rocha de Assis Moura* (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais y Universidade de São Paulo) tuvieron a su cargo el estudio de la *prueba ilícita*. Para este trabajo, los autores abordaron la temática tanto desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte IDH como de la reciente jurisprudencia de la CPI. Los autores sostienen que en el estudio de la jurisprudencia de los tribunales internacionales se constata una flexibilidad frente a la regla de la

inadmisibilidad procesal absoluta de la prueba obtenida ilegalmente, y que en cambio esto es sometido a una valoración del juez sobre la base de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe procesal.

En el caso de la CPI, a pesar de que el artículo 69.7 del Estatuto de Roma establece reglas relativas a la legalidad en la obtención de las pruebas, la jurisprudencia ha dispuesto que dicho desconocimiento no lleva necesariamente a la exclusión automática del material probatorio, sino que ello dependerá de si tal violación suscita serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas o su admisión atenta contra la integridad del proceso. Esto lleva a concluir que los jueces de la Corte Penal Internacional deberán analizar la admisibilidad de pruebas obtenidas ilegalmente, según el caso concreto.

En el caso *Lubanga*, la CPI debió decidir sobre la impugnación hecha por la defensa frente a pruebas obtenidas por la Fiscalía en un allanamiento de domicilio en la República Democrática del Congo que no había cumplido con los requisitos establecidos en la ley de dicho país. Al decidir el caso, la CPI determinó la ilegalidad de dichas pruebas puesto que se había violado el principio de proporcionalidad. Al hacer un análisis de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, la CPI permitió avalar ciertas injerencias al derecho a la privacidad, y determinó que la ilegalidad de la prueba obtenida no era lo suficientemente grave como para desecharla. Sin embargo, al hacer referencia a casos de los tribunales regionales de derechos humanos, no tomó en cuenta el hecho de que la Corte IDH tiene competencia para evaluar el padrón probatorio interno frente a la CADH, mientras que la CPI no puede pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de un estado.

En el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH, la ilegalidad de las pruebas no ha sido objeto de mayor desarrollo temático. En el caso *Lori Berenson*, la Corte afirmó que la ilegalidad probatoria fue determinar en el marco de reconocimiento de la violación de la garantía del juez natural, independiente e imparcial reconocido en el artículo 8 de la CADH. Sin embargo, en el fallo la Corte no reconoció la invalidez de las pruebas que fueron empleadas por el fuero militar cuando este caso fue remitido a la justicia ordinaria peruana. Tal situación lleva a que la Corte y otros tribunales internacionales deban profundizar el estudio sobre la validez de las pruebas obtenidas ilícitamente.

15. El Dr. *Pablo Galain* (Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo) trató el *acceso y la participación de las víctimas en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Como primer elemento, hizo

referencia al hecho de que para activar el sistema interamericano no es necesario ser víctima, sino que con el mero conocimiento de la existencia de una víctima se puede presentar una petición ante la Com IDH. Si bien la jurisdicción de los órganos del sistema interamericano es complementaria a la jurisdicción interna, no existe un parámetro homogéneo para determinar cuándo se han agotado los recursos internos, sino que ello requiere un examen caso por caso.

En lo que corresponde a la competencia contenciosa de la Corte IDH, las víctimas han ido adquiriendo mayor participación y derechos, tanto en el desarrollo de los fallos como en el Reglamento, cuyas modificaciones han ido dando igual participación a los representantes de las víctimas junto con el Estado demandado y la Com IDH. Este cambio se ha dado con mayor énfasis en las órdenes de reparaciones emitidas por la Corte, las cuales han creado el derecho a la reparación, el derecho a la justicia y el derecho a la verdad de las víctimas.

El artículo 63.1 de la CADH otorga a la Corte un amplio margen de discreción para determinar las medidas de reparación, según la naturaleza y las consecuencias de la violación de los derechos de las víctimas (caso *Baena Ricardo*), manteniendo siempre un concepto de reparación amplio (caso *López Álvarez*). De esta manera, las medidas de reparación pueden abarcar desde la obligación de investigar y sancionar los delitos cometidos (caso *El Caracazo*) hasta la sanción a los responsables (caso *Humberto Sánchez*). Otras medidas en materia de reparación han incluido: a) reformas legislativas (caso *Niños de la calle*); b) reconocimiento público de responsabilidad del Estado (caso *Castillo Páez*); c) disculpas públicas a las víctimas (caso *19 comerciantes*), o d) la garantía de no repetición de los hechos (caso *Cantoral Benavides*).

El derecho a la verdad ha sido el de mayor conceptualización por la Corte (caso *Valle Jaramillo*), situación que se ha visto igualmente reflejada en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y cortes supremas de América Latina. El derecho a la verdad tiene una vertiente colectiva y otra individual (caso *Bámaca Velásquez*). La verdad en sí misma, su conocimiento, tiene un efecto de reparación para las víctimas que el Estado tiene la obligación de satisfacer (caso *La Cantuta*). Este derecho guarda relación con el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y las identidades de los responsables a través de la investigación y el juzgamiento. Para su satisfacción, el Estado puede recurrir a tres vías principales: a) una investigación judicial; b) una Comisión de la Verdad, o c) una investigación administrativa o parlamentaria.

16. El Prof. Dr. *Héctor Olásolo* (Corte Penal Internacional y catedrático de la Universidad de Utrecht) hizo una presentación en torno al *impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana con respecto a la participación de las víctimas en la Corte Penal Internacional*. Sobre la base de la definición de víctima contenida en la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CPI, las salas de Cuestiones Preliminares (SCP), la Sala de Juzgamiento I y la Sala de Apelaciones de la CPI han desarrollado los siguientes elementos comunes: a) la expresión *personas naturales* se refiere a personas humanas; a) la interpretación literal adoptada por las distintas salas en relación con la expresión *organizaciones o instituciones*; c) la inclusión de las pérdidas económicas y del daño psicológico, además del daño físico, en el concepto de daño previsto en las RPP, y d) la necesidad de un vínculo de causalidad entre el daño alegado y la existencia de un delito que se encuentre incluido en los ámbitos personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de la CPI.

Sostiene el autor que la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido un papel importante en la elaboración de estos elementos comunes, particularmente en lo que se refiere a la adopción de un concepto amplio de daño (casos *El Amparo*, *Aloeboetoe*, *Neira Alegria*). Asimismo, la jurisprudencia de la Corte relativa a los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia ha sido fundamental en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la SCP I sobre sí, como requiere el artículo 68.3 del Estatuto de Roma, ciertas fases procesales constituyen *fases convenientes* para la participación de las víctimas.

En el caso *Katanga*, la SCP I, en decisión del 13 de mayo de 2008, rechazó las alegaciones de la Fiscalía de que las víctimas no tenían interés alguno en la determinación de la culpabilidad o inocencia de las personas imputadas ante la CPI. De esta forma, determinó que la decisión afectaba directamente los intereses personales de las víctimas, dada su estrecha vinculación con la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, que diferenció del derecho a la reparación. Para esta sala, el interés central de la víctima en el esclarecimiento de la verdad solo se satisface si: a) quienes son responsables por los delitos sufridos son declarados culpables, y b) quienes no son responsables por ellos son absueltos, de manera que la búsqueda los penalmente responsables pueda continuar.

En consecuencia, concluye que cuando estos derechos se pretenden satisfacer a través del proceso penal, las víctimas tienen un interés central en que el mismo conduzca a la identificación, enjuiciamiento y castigo de los autores de los delitos. Para fundamentar esta decisión, la SCP I se basa en los siguientes fallos de la Corte IDH:

casos *Velásquez Rodríguez*, *Barrios Altos*, *Comunidad Moiwana*, *Masacre de Mapiripán*, *Almonacid Arellano* y *La Cantuta*.

La influencia de la Corte IDH ha sido menor en la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima. Sin embargo, la CPI deberá aun determinar el derecho de las víctimas a la reparación una vez que comience a dar sus primeros fallos.

17. El Prof. *Ramiro García* (Universidad Central de Ecuador) desarrolló el tema de *la restricción de la libertad personal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. El artículo 7 de la CADH establece las garantías destinadas a salvaguardar la libertad física de la persona.

En este sentido, la garantía del derecho a la libertad se encuentra en el artículo 7.2 y está constituida por la reserva de ley, que la Corte comprende como 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 parte para la formación de las leyes (opinión consultiva OC-6/86). Para la Corte, se viola esta garantía cuando: a) se da una detención sin autorización judicial previa; b) no se informa el motivo de la detención, aunque esto no es violatorio de la Convención si la ley no exige mostrar la orden de detención (caso *Chaparro y Lapo*); c) se demora en llevar a la persona detenida ante un juez extrapolando el plazo máximo establecido en la ley, o d) la detención sobrepasa el máximo legal permitido.

En cuanto a la diferencia entre detención ilegítima y detención arbitraria, la Corte reconoce que toda detención ilegal comporta un grado de arbitrariedad, pese a lo cual estaría subsumida en el propio artículo 7.2, pues la arbitrariedad a la que hace referencia el artículo 7.3 tiene un contenido jurídico propio, no solo determinado por la inobservancia de la normativa nacional, sino también por el cumplimiento de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico nacional que se encontraran en contradicción con lo establecido en la CADH.

Con respecto a la detención arbitraria, la Corte afirma que, a la luz del artículo 7.3 de la Convención, nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y con métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (caso *García Asto* y

Ramírez Rojas). De esta norma se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios (proporcionalidad) para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia, sin que puedan constituir justificación suficiente de la prisión preventiva las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa.

A fin de evitar que la ley contemple situaciones que permita la detención arbitraria, la Corte ha establecido en el caso *Chaparro* los siguientes criterios: a) la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la CADH; b) las medidas adoptadas han de ser las idóneas para cumplir con el fin perseguido; c) deben ser necesarias, en el sentido de absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido, y d) deben resultar estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Los autores

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 por la Universidad del Norte Asunción (Paraguay). 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 Universidad Georg-August de Gotinga. Juez del tribunal estadual (*Landgericht*) de Gotinga.

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho, Universidad del Saarland en Saarbrücken (Alemania). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana de Bogotá. Consultor y asesor de agencias nacionales e internacionales.

DINO CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), con estancias de investigación en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Alemania). Profesor asociado de Derecho Penal y coordinador de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido asesor de varias comisiones de reformas legislativas en materia penal y procesal penal.

JAVIER DONDÉ MATUTE. Doctor en Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Comparado (Ph.D.) por la Universidad de Aberdeen (Escocia), maestro en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Georgia (Estados Unidos) y licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Actualmente es profesor investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

PABLO GALAIN PALERMO. Doctor europeo en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Investigador responsable de la Sección Portugal y asistente en la Sección Latinoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo, Alemania).

RAMIRO GARCÍA FALCONI. Profesor de la Universidad Central de Quito.

ALICIA GIL GIL. Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Profesora titular de Derecho Penal en esta Universidad, donde imparte la asignatura de licenciatura Derecho Penal, Parte General, y varios cursos de doctorado, entre ellos Derecho Penal Internacional.

FABÍOLA GIRÃO MONTECONRADO GHIDALEVICH. Advogada. Diretora do Departamento Estadual de Direitos Humanos da Secretaria de Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Amazonas (Brasil). Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid, España). Doctor honoris causa en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa, Perú) y especialista en Derecho Penal por la Universidad La Sapienza (Roma, Italia). Es catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso (Chile).

SALVADOR HERENCIA CARRASCO. Abogado (Universidad de Los Andes, Colombia) con especialización en Derecho Internacional, Europeo y Comparado (Universidad Robert Schuman, Francia). Asesor legal de la Comisión Andina de Juristas (Perú). Profesor visitante de Derecho Penal Internacional de la Universidad San Martín de Porres y de Derecho Internacional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Coordinador del Observatorio Regional sobre la Corte Penal Internacional (<www.observatoriodpi.org>).

EZEQUIEL MALARINO. Abogado con diploma de honor (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho (Universidad de Macerata, Italia). Profesor catedrático en la Universidad de Belgrano (Buenos Aires). Profesor en la Universidad Torcuato Di Tella y en la Carrera de Especialización en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesor visitante de la Universidad de Trento (Italia).

JAIME MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Ex director y cofundador del Centro de Estudios Penales

de El Salvador (CEPES). Coordinador de la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ. Doctor en Derecho, sobresaliente *cum laude* (Universidad de Barcelona). 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.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Ministra do Superior Tribunal de Justiça (Brasil). Mestre e doutora em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil). Professora Doutora de Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HÉCTOR OLÁSOLO. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal Internacional en el Instituto Willem Pompe de la Universidad de Utrecht. Letrado de Sala de la Corte Penal Internacional, ha sido asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia entre los años 2002 y 2004, y miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional.

PABLO FERNANDO PARENTI. Abogado (Universidad de Buenos Aires), con posgrado en Derecho Penal (Universidad de Palermo, Buenos Aires). Ha realizado la II Maestría en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía (España). Coordina la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, que funciona en el ámbito de la Procuración General de la Nación (Argentina).

LISANDRO PELLEGRINI. Abogado (Universidad de Buenos Aires), con posgrado en Derecho Penal (Universidad de Palermo, Buenos Aires). Prosecretario letrado en la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, que funciona en el ámbito de la Procuración General de la Nación (Argentina).

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Consultora de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Bolivia). Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Privada Boliviana, la Universidad Andina Simón Bolívar y la Universidad Católica Boliviana.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI. Juiz de Direito no Estado de São Paulo (Brasil). Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil). Professor Doutor de Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.